LA

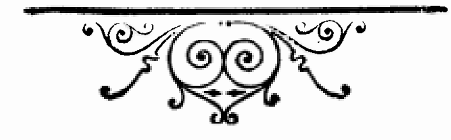
PSICOLOGÍA CRIMINAL

EN NUESTRO DERECHO LEGISLADO

POR

P. DORADO
Catedrático en la Universidad de Salamanca.

Segunda edición corregida y aumentada.



MADRID
HIJOS DE REUS, EDITORES
CAÑIZARES, 3, ENTRESUELO
1910

OBRAS DEL MISMO AUTOR

La antropología criminal en Italia. 2.ª edic. Madrid, 1890 (agotada).

El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana. Madrid, 1891; 5 pesetas.

Problemas jurídicos contemporáneos. Madrid, 1893; 3 pesetas.

Estudio crítico sobre la doctrina de Garofalo y de la nueva escuela penal italiana, puesto al frente de *Indemnización á las víctimas del delito,* de Garofalo, traducción española. Madrid, 1893; 4 pesetas.

Problemas de derecho penal. Madrid, 1895; 7 pesetas.

El Reformatorio de Elmira. Madrid, 1898; 3 pesetas.

Estudios de derecho penal preventivo. Madrid, 1901; 5 pesetas.

El derecho penal en Iberia. (Contribución al estudio de la historia primitiva de España.) Madrid, 1901; 1 peseta.

Asilos para bebedores. Madrid, 1901; 1 peseta.

Del problema obrero. Salamanca, 1902 (agotado).

Bases para un nuevo derecho penal. Barcelona, 1902; 1,50 pesetas.

Valor social de leyes y autoridades. Barcelona, 1903; 1,50 pesetas.

Nuevos derroteros penales. Barcelona, 1905; 0,75 pesetas.

Los peritos médicos y la justicia criminal. Madrid, 1906; 5 pesetas.

De criminología y penología. Madrid, 1906; 3 pesetas.

El Derecho y sus Sacerdotes (primera parte). Madrid, 1909.

DE PRÓXIMA PUBLICACIÓN

Cuestiones psicológicas y sociales.

En torno al correccionalismo penal.

El derecho y sus Sacerdotes (segunda parte).

Psicología criminal.

Inquietudes de un escéptico.

DOS PALABRAS DE ADVERTENCIA

Parece que los doctos van reconociendo la necesidad, cada vez mayor, de que la Jurisprudencia adquiera carácter científico, ó, mejor dicho, filosófico, y la consiguiente precisión de que los juristas se armen con la indispensable cultura para poder acometer tal trabajo. La práctica del derecho se considera de día en día más digna de censura, como no sea capaz de levantarse algunos codos sobre el puro aprendizaje mecánico, el comentario estéril y la aplicación rutinaria y servil de los textos legales. Si no buscar el derecho fuera de éstos y por encima de éstos, según algunos proponen, se desea cuando menos que el jurista—aplicando á su oficio la conocida fórmula en que Ihering resumía las funciones del historiador y, en general, del estudioso del derecho romano—sepa, sí, mirar al código ó ley á que tiene que dar realidad concreta; pero también penetrar al través de ellos y llegar á todos sus escondrijos, saturados de espíritu viviente, para sorprender las innumerables relaciones latentes entre sus renglones, y las cuales, no por hallarse invisibles á primera vista, dejan, sin embargo, de presentarse, hasta con marcado relieve, ante los ojos del observador perspicaz que los clava en ellas, ya con el auxilio del microscopio, ó ya sin esta ayuda. Con el código y mediante el

código, es necesario ir más allá del código, encontrando un amplio mundo de cosas que están en él ó le sirven de apoyo y que no se rinden á las peticiones de cualquiera, sino á la solicitud de quien sabe conquistarlas. El que así lo haga será un dominador de las leyes, cuyo articulado manejará como piezas de ajedrez, en lugar de ser un esclavo ciego de ellas.

El trabajo presente quiere ser un ensayo de esta índole, que está, sin embargo, lleno de imperfecciones. La primera idea del autor fué limitarlo al Código penal común. Después, á medida que avanzaba en el desarrollo de la doctrina psicológica contenida en éste, le pareció mejor extender también el examen á la llamada legislación penal especial, dejando, no obstante, que las concepciones del Código ordinario constituyeran la trama fundamental del escrito, como los preceptos legales del mismo son igualmente la base de todo el derecho penal legislado vigente en España.

P. Dorado.

Salamanca, 1909.

LA PSICOLOGÍA CRIMINAL

I

SOBRE LA CONCIENCIA Y SU VALOR

Es para muchas gentes cosa bastante discutible la del valor directivo y creador de nuestra conciencia. Gran número de psicólogos y de filósofos, que puede decirse crece de día en día, se lo atribuyen muy escaso, cuando no enteramente nulo. La antigua posición intelectualista, dominante aún en la generalidad de los llamados doctos, y no digamos que en el vulgo, parece que pierde sin cesar terreno. Conforme á esa posición, según es bien sabido, los actos de todo hombre, en cuanto tales (los que los antiguos moralistas y escritores de ética denominaban propiamente *actus humani*) (1), no solamente presuponen, como antecedente indispensable y condición esencial, la presencia de la conciencia subjetiva (de la específica, reflexiva y superiormente elaborada, quizás se debiera añadir, ya que en la conciencia pueden darse y se dan, en efecto, muchísimos grados), sino que entre ésta y aquéllos hay una relación indefectible de causalidad, siendo el acto un efecto de la voluntad espontánea (2)

---

(1) *Illae actiones quae ex voluntate deliberata procedunt cum cognitione finis:* así lo definen casi todos los moralistas aludidos.

(2) Esta palabra es bastante equívoca, pues se la emplea á todas horas, cuando menos en dos muy contrapuestos sentidos. «Espontáneo» es, en efecto, á veces, el obrar arbitrario, caprichoso, de propia elección inmotivada del sujeto, el obrar absolutamente indeterminado, absolutamente desligado de toda traba causal, las cuales, desde el momento que existan y ejerzan su acción, anulan la espontaneidad y ponen en lugar suyo la opresión causalista. Y por eso, mientras los fenómenos de la naturaleza y de la mayoría de los se-

del agente, y no de determinación causalista alguna; pero proviniendo la elección voluntaria, que el acto humano implica, de una previa iluminación intelectual, que presenta ante el sujeto que ha de elegir los distintos caminos por los que á su ar-

---

res que la pueblan, se suelen calificar de fatales, determinados, producto obligado de engranaje causal, no espontáneos, al revés, los actos que llevan la calificación de propiamente humanos se reputan ser mero efecto del ilimitado, indeterminado, autónomo, espontáneo y libre arbitrio; esto es, de la voluntad espontánea y conscientemente arbitraria. Y aun dentro del propio obrar voluntario cabe distinguir á su vez, como de hecho acontece en el desarrollo de la vida, entre la voluntad cuyos movimientos sólo obedecen á la íntima impulsión, no sometida á traba ni solicitación alguna, y la voluntad que tiene como determinante de su actividad algún objetivo, algún motivo ó móvil. No es lo mismo espontánea la acción ejecutada, supongamos, con intención de lucro ó de dañar al prójimo, ó por precio, recompensa ó promesa, ó por venganza, ó por el deseo de ocultar la propia o la ajena deshonra, que la acción practicada sin que medie ninguno de estos ú otros parecidos móviles, simplemente porque sí, como efecto puro, diríamos, del más vacío y arbitrario querer del sujeto.—Pero, otras veces, lo «espontáneo» es aquel obrar en donde no interviene una finalidad conscientemente perseguida por el agente, donde no existe una conciencia directora de la conducta, donde se obra por impulsiva necesidad interna, sin apetecer nada ni encaminar los actos propios en persecución de nada. Y entonces la espontaneidad se halla precisamente de parte de la naturaleza y de los seres que proceden causalistamente, necesariamente, por constreñimiento opresor, no de parte de aquellos otros, como el hombre, que se guían conscientemente, teleológicamente, voluntariamente, á sí mismos, y que no se dejan guiar por sus naturales impulsos, por sus tendencias é instintos espontáneos. La planta y el animal se conducen así espontáneamente, y el hombre, en cuanto tal, no. Debiendo añadirse que la obra de la naturaleza se estima ser realizada tanto más espontáneamente, cuanto más regular es su curso y menos interrupciones extrañas experimenta. Es espontáneo lo que marcha naturalmente, por sus pasos contados, sin precipitaciones debidas á causas extraordinarias, que tuercen ó fuerzan el natural desarrollo y ahogan la espontaneidad. Toda innovación, toda acción imprevista, toda labor artificial, es de esta manera enemiga de la espontaneidad, aun cuando, por otra parte, también puede producirla. Es lo que pasa con la habituación, la cual tanto puede decirse que favorece el hacer espontáneo (en cuanto constituye una segunda naturaleza, y el obrar de acuerdo con la propia naturaleza es obrar espontáneamente, sin estorbo) como que lo contraría (desde el momento que la nueva naturaleza, hija del hábito, se opone á la primera, encadenando sus nativos impulsos).—Ahora, no hay necesidad de decir que al emplear en el texto la voz *espontánea* se le da el primero de estos significados.

bitrio podrá marchar y los fines varios en cuya persecución puede moverse. Es decir, que la trama del hacer humano, según este punto de vista, se halla causalmente encadenada con el conocimiento ó la conciencia del respectivo agente. El intelectualismo triunfa aquí sin contradicción alguna. La voluntad, raíz de los actos, es una voluntad esencialmente intelectualizada. Se obra porque se quiere y como se quiere, pero se quiere tan sólo porque se conoce y conforme se conoce. *Nil volitum quin praecognitum* é *ignoti nulla cupido*: estas sentencias las estamos oyendo formular á todas horas con carácter axiomático, y con ellas se expresa la indicada convicción referente al proceao de la conducta humana. Y así ésta, que es tanto como decir toda la historia, igual en los hechos grandes que en los pequeños, resulta ser un producto genuina y exclusivamente mental, en donde el engranaje causalista de la causalidad ciegamente determinadora de la naturaleza parece quedar proscrito. El curso de la vida del hombre, lo mismo individual que socialmente considerado, se reputa siempre de este modo como una serie de movimientos intelectiva y teleológicamente dirigidos, al contrario de lo que se juzga con respecto al curso de la vida de los otros seres del Universo, tenidos por ininteligentes y de obrar causalista y fatalmente constreñido. Por algo se pretende establecer una marcada línea de separación entre estos otros seres y el hombre (1).

---

(1) Muchos son los filósofos, y entre ellos los hay de gran valor intelectual, que reconocen la existencia de una finalidad inmanente en la vida de la naturaleza. Sobre todo aquella parte de ésta que se denomina orgánica (si es que al cabo toda ella no participa de tal carácter, como parece que va siendo el pensamiento dominante), no es quizá fácil explicársela de otro modo. La evolución de los organismos implica una tendencia íntima á pasar por situaciones sucesivas, cada una de ellas diferente (superior acaso) de la anterior. Pero esta impulsión finalista, lejos de ser hija de elección consciente en cada sujeto ú organismo natural que obra, como se supone que lo es en los hombres, parece impuesta á cada ser natural desde fuera y de modo necesario. Por eso precisamente se dice que en la vida de tales seres—al contrario de lo que ocurre en la de los hombres, como tales hombres—la presencia de la finalidad no excluye la de la causalidad presora, sino que las dos se armonizan y funden. Aplicando

No obstante, ya hoy se van viendo estos asuntos de otra manera y se va cambiando mucho de criterio. La respectiva concepción no ha nacido ahora, habiendo tenido representantes más ó menos aislados y esporádicos en distintas épocas; pero de algún tiempo á esta parte es quizá cuando con mayor intensidad se la cultiva y mayor importancia y extensión ha adquirido. Para ella, el saber, ó bien diremos la conciencia (*scire*), el conocimiento de las cosas, no solamente no es la productora de éstas y la única fuerza propulsora de sus movimientos, sino que ni siquiera cabe incluirla en el número de las causas que de consuno cooperan á engendrarlos. El saber ó el conocimiento es un agregado, un acompañante circunstancial de las cosas; no forma parte de la naturaleza de éstas, y, consiguientemente, no tiene poder alguno para impulsarlas por sí sólo, ni aun siquiera para contribuir á impulsarlas á la acción. La cual viene á la vida y sigue por sus propios y naturales derroteros, aun cuando nadie la contemple ni se dé conciencia de ella. La acción natural del mundo y de todas sus partes, es decir, el encadenamiento recíproco de los distintos fenómenos que en él se producen, es independiente del saber que alguien adquiera de tal encadenamiento, de sus factores y leyes Todo sigue y seguiría obrando en el mundo conforme la propia naturaleza y su virtud creadora, propulsora y necesariamente constreñidora lo exige, aunque no haya ó no hubiera ciencia de ese obrar, aun cuando la inteligencia y la conciencia no funcionen ó no funcionasen.

Si nosotros conocemos el curso y los movimientos, v. g., de los astros, de las plantas, de los animales, ni ese curso ni esos movimientos han estado esperando, para echar á andar, á que nosotros lo supiéramos, de tal suerte, que este saber nuestro fuera como su verdadero é indispensable motor; ni interrumpido nuestro conocimiento de los mismos, aquéllos movimien-

---

esto al hombre, habría que decir que sus acciones son al mismo tiempo libres y causadas ó necesarias, determinadas é indeterminadas, voluntarias é involuntarias.

tos cesan; ni en caso de ser errónea ó equivocada nuestra ciencia astronómica, botánica, zoológica ó biológica, la marcha de los astros y la vida de las plantas ó de los animales habrán por fuerza de producirse también erróneamente, irregularmente, á tropezones, ó no producirse de modo alguno, hasta tanto que nuestro conocimiento respectivo sea debidamente rectificado. No; la vida y la fenomenología de todos estos seres siguen por su propia virtud la trayectoria que les corresponde, sin que les afecte en lo más mínimo nuestro conocimiento ó nuestra ignorancia de ellas. La conciencia nuestra, aquí, es un testigo que pasiva y receptivamente acompaña á lo que, independientemente de él, aunque en su presencia, se va verificando, por lo que el sujeto puede darse cuenta de ello á sí mismo y dárselo también á los demás, testificándolo: no es un elemento director, que trace por anticipado la ruta que sea preciso seguir, y sin cuyo permiso no se da por ella un paso; ni es tampoco la fuerza motora que empuje al móvil, al mismo tiempo que lo guía.

¿Qué sucede con relación á los hombres y á su conducta? ¿Tiene en este orden la conciencia otra función y otro poder distintos de los que indicados quedan? Así se cree frecuentemente, mas acaso con error (1). Ni para andar pedimos permiso á la mecánica, ciencia (conciencia, saber, conocimiento) tocante á las leyes y formas del movimiento, sino que andamos y cumplimos estas leyes sin percatarnos de lo que hacemos; ni para ver esperamos á tener el necesario conocimiento previo de la óptica, sino que vemos — como ven los animales — independientemente de que sepamos ó no lo que estamos haciendo, ni cómo lo hacemos. De la propia manera, oimos

(1) Adviértase, desde luego, que estas preguntas envuelven ya de por sí, en cierto modo, prejuzgado el problema. Pues sea cualquiera la solución que al mismo se le dé; sea cualquiera el valor que á nuestra conciencia atribuyamos como fuerza creadora y directora, lo cierto es que ella tendrá y seguirá teniendo el que tiene, con independencia de esa solución nuestra, y que así nos veremos nosotros forzados á reconocerlo y confesarlo.

aun sin conocer la acústica y sin saber qué proceso seguimos al efecto, ni qué órganos están interesados en semejante función y la parte que cada uno de éstos toma en ella; y asimismo, pensamos y ejercitamos todas nuestras potencias psíquicas (de imaginación, raciocinio, cálculo, inducción, sentimiento y afecto, deseo, apetito, tendencia, volición), sin la más mínima necesidad de aprender psicología, ni lógica, ni ética. Tenemos conciencia y la ejercitamos al practicar todos estos actos que llamamos nuestros, pero nos falta la conciencia (el saber) relativa á esta conciencia misma y á su ejercicio; de manera que nos servimos de ella y la hacemos funcionar como automática y mecánicamente, sin darnos cuenta siquiera del por qué y del cómode tal funcionamiento, el cual, por lo tanto, mucho menos tiene su causa en nuestro saber.

El saber parece que anda por un lado, y el hacer por otro, como operaciones aisladas que ni se reclaman ni se influyen recíprocamente. No por saber mucha mecánica anda uno mejor, al punto que la máxima sabiduría en este orden puede hallarse en un paralítico, tullido ó atáxico; el mejor acústico puede ser sordo; el mejor tratadista de ética ó de derecho, un hombre eminentemente inmoral é injusto. Ya se sabe que una cosa es predicar (saber lo que ha de practicarse, según regla de conciencia) y otra cosa es «dar trigo» (practicar lo que la inteligencia presenta como practicable). Una cosa es recomendar y querer la bondad, la dulzura, la misericordia, el amor al prójimo, el discurrir y razonar rectamente (lógicamente), el andar derecho y el ser claro, y otra cosa distinta es el hacer todo esto y el poderlo hacer y el sentir inclinación á hacerlo por estar en disposición natural de realizarlo. Es uno artista, chistoso, hablador, iracundo, pacífico, malo, bueno, porque lo es, naturalmente (espontáneamente, en el segundo de los indicados sentidos), no por efecto de su propia, consciente y deliberada elección (la cual, á su vez, sin embargo, puede ayudar y secundar — por el cultivo, la educación, la habituación, etc. —, ó bien contrariar y oponerse á la otra fuerza);

y por serlo así, tiene una voluntad constante, necesitada (y espontánea), de hombre artista, iracundo, malo, etc.: voluntad, es decir, esencia inmanente, que se derrama en todos los actos y momentos de su vida, aun á despecho á veces de la propia conciencia, de la propia reflexión, del propio deseo, y siempre con independencia de los mismos. Si el saber (la conciencia) fuese el antecedente necesario y único de la voluntad, y consiguientemente de la acción, bastaría para improvisar el espíritu religioso, por ejemplo, con aprender las enseñanzas de una religión positiva, encontrándolas razonables y prestándoles adhesión intelectual; por el contrario, quien desconociera estas ó las otras doctrinas religiosas (un credo hecho, v. g.), ya formuladas por él mismo, ya por otras personas, no podría jamás ser un alma religiosa, aun cuando sintiera como nadie y de lo más íntimo la religión, aun cuando se encontrara lleno de unción religiosa, y sus propensiones, inclinaciones y gustos naturales, no aprendidos ni adquiridos por efecto de voluntad deliberada, y hasta desconocidos para él mismo y ejercitados por la propia virtud de ellos y fuera del círculo de la conciencia del sujeto, llevaran á éste, sin buscarlo y aun sin saber lo que hacía, á poner en toda su conducta un sentido religioso. ¡Qué fácil le sería entonces al hombre ser y obrar como mejor le pluguiera! Con trazarse mentalmente un derrotero determinado, ya estaría recorriéndolo; con representarse una cosa, un fin cualquiera, ya lo tendría en la mano (1). Su carácter, el carácter personal de cada uno, que constituye, conforme se dice á veces, aunque luego se olvida también con frecuencia, el fondo permanente y más imprescindible de su hacer, no representaría nada, pues su fuerza quedaría destruída en cuanto el individuo en quien ese carácter se diera adquiriese conciencia de que no le era conveniente mantenerlo, y,

---

(1) Este es el sentido, cuando menos en parte, de la teoría de las *ideas-fuerzas*, del poder de la sugestión, propia ó ajena, de la psicoterapia, etc. La cuestión se roza con otras muchas, de las cuales no se puede tratar ahora.

por lo tanto, resolviese borrarlo desde luego y radicalmente. Lo propio acontecería con los sentimientos, los afectos, los instintos, las propensiones, inclinaciones y tendencias, de todo lo cual se forma precisamente eso que denominamos «carácter», y también «índole», «natural» y aun «temperamento é idiosincrasia» de cada particular sujeto, distintos en cada uno con relación á los demás. Siendo la mentalidad, la conciencia intelectual, el conocimiento, el saber, la ciencia, en suma, la única fuerza creadora y determinadora de todo lo que al hacer humano se refiere, este hacer no tiene más raíces que la representación mental (la deliberación, que se dice á menudo cuando de cosas tales se trata), la volición consciente: por lo que su trayectoria estará variando según varíe la correspondiente volición. Y así, sin más que pensar en ello, podrá uno querer, y sin más que quererlo, podrá conducirse sucesivamente, en breves instantes, como inteligente, como torpe, como ingenioso, como astuto, como cándido, como creyente, como incrédulo, como bueno, como malo, como dadivoso, como ahorrativo, etc , etc. Aquello que se asegura tantas veces, en momentos de una ingenuidad cuya significación y alcance no se calcula bien, por cuanto echa por tierra la concepción intelectualista á que se está aludiendo; esas afirmaciones en que uno dice que «no es capaz de dominarse, aunque se lo proponga», que «el genio no le deja», que «obra como puede y no como quiere», que para dejar de obrar como obra «tendrían que fundirle de nuevo» y darle otras aptitudes, otros gustos, otras propensiones: juntamente con ciertos refranes y dichos en que la sabiduría popular, formada y refundida á golpes de experiencia, expresa análogas ideas, como cuando dice, v. g., que «genio y figura, hasta la sepultura», que «la cabra tira siempre al monte», que «la naturaleza jamás renuncia á sus fueros y los recobra siempre»..., están testimoniando, á lo que parece, en contra de semejante posibilidad y poniendo de manifiesto la simplicidad del sistema en que esa posibilidad encuentra albergue.

Es un sistema demasiado rectilíneo, en efecto; y por su misma sencillez atrae con apariencias de verdadero, y lo aceptan sin dificultad alguna gran número de gentes que no se toman mucho trabajo por penetrar en el más escondido fondo y sentido de las cosas Para los que hacen esta última labor, ya es más difícil y mucho más complicado que para los anteriores el problema del valor de la conciencia. De vez en vez parece que va ganando más terreno la opinión que se lo atribuye escaso, es decir, la de los que consideran á aquélla, aun en sus más excelsas y delicadas manifestaciones, no ya como un elemento fundamental y poderosamente activo en la determinación de la conducta de los hombres, sino más bien como un fenómeno superficial, ó sea como un epifenómeno, según se complacen muchos en llamarla.

Á mí ahora no me preocupa esta cuestión sino indirectamente y en cuanto se relaciona con el asunto que quiero tratar, en cuya resolución, como un caso particular de la misma, ha de proyectarse, naturalmente, la que aquélla tenga. La psicología criminal se desenvolverá, como es consiguiente, por este respecto, de manera análoga á la empleada por la psicología general, y el valor que la conciencia tenga en la esfera de la una será idéntico al que en la de la otra alcance. Pero á la mentada cuestión, más ó menos, y aunque no se quiera, es preciso estarse refiriendo á cada paso, por lo mismo que es, en cierto modo, la base y como la fuente de todas las demás que á los hombres inquietan. En ella vienen á converger, al fin y al cabo, cuantas éstos se pongan y puedan ponerse. Hasta los que tengan á la conciencia por un epifenómeno sin poder eficiente, quieren dirigir su propia conducta (y aun la ajena) y obrar lo más posible á conciencia, con conciencia y finalistamente. Y del deseo y la tendencia que todos experimentamos por ser dueños de nuestras acciones, emancipándonos de extraños influjos y encaminándolas por los derroteros que bien nos parezca y para los fines que mejor nos cuadre, proviene nuestra invencible propensión á conocer y saber, como medios de

dominar; propensión que, no estando jamás satisfecha, nos tiene constantemente en inquietud y es la causa primordial de los innumerables problemas que á todas horas nos están atormentando: desde el que se refiere á la posición que ocupamos en el mundo, como parte de él, de donde se origina el sentimiento de la propia pequeñez, insignificancia é impotencia, con la rebeldía y la desesperación consiguientes, hasta el relativo al modo como hemos de comportarnos en las diferentes situaciones de nuestra vida y con los variadísimos séres que en ella se rozan con nosotros. Todas las dudas que nos asaltan á cada momento sobre la religión, la moral, el derecho, la educación, el arte y cualquier otra forma de la actividad nuestra, arrancan de aquí; todas las engendra nuestra condición de inteligentes y nuestro natural impulso á erigir nuestra conciencia en fuerza activa y dominadora. Allí donde la inteligencia falta, ni se conocen tales problemas ni aparecen semejantes pretensiones. No hay vida y acción más sosegadas que aquéllas donde la conciencia está ausente, ó apenas se deja sentir. Pero tan luego como la conciencia funciona—á lo menos en cierto grado, y quizá en todos, ó lo que es lo mismo, acaso en todo sér orgánico—, desde ese momento el obrar finalista, aquel obrar en que el sujeto persigue un resultado determinado, previsto con anticipación, reemplaza ó tiende á reemplazar al obrar ciego, enteramente causalista y mecánicamente determinado, tal como pensamos de ordinario que se realiza la obra de la naturaleza física.

II

LA PSICOLOGÍA CRIMINAL Y SU OBJETO

En el campo de la psicología criminal, son varias esferas espirituales las que deben ser exploradas; pero principalmente dos de ellas, que son las que más juegan. Por un lado, lo que podemos llamar alma del delincuente, donde tiene sus raíces la acción del mismo, ó sea el delito; por otro lado, el alma de las otras personas que se sienten ofendidas por él y

que contra él reaccionan: bien desde lo alto del Estado y en función del Estado, á nombre del interés colectivo y con el medio de la pena oficial ó forense (ó por medio de las medidas que llevan la calificación de administrativas, disciplinarias, civiles, policiacas, tutelares, etc.); bien desde otro sitio cualquiera, en forma, v. g., de reprobación moral, de censura pública, de venganza ó represalia, de propia defensa, de aislamiento, repulsión ó expulsión del delincuente, etc. Pudiéramos, acaso, designar estas dos almas con el nombre de criminal, la primera, y penal ó punitiva la segunda: ya que, aun relacionadas ambas con el crimen, y cada una con la otra, cada cual se coloca con respecto al mismo en diferente posición que la contraria: la una busca y determina su producción; la otra, al revés, trata de colocarse enfrente del mismo, de evitarlo, si es posible, y de atenuar, remediar, compensar ó borrar sus efectos en otro caso, ó bien quiere lograr á la vez los dos fines.

La mecánica funcional de estas dos almas constituye y ha constituído siempre la materia llamada alternativamente, según los casos, criminal y penal. Á la regulación de esa mecánica—á la regulación del ejercicio del «magisterio punitivo» ó «función penal» contra los delincuentes, «enemigos del orden social» y «elementos dañosos» del mismo—han tendido en todo tiempo, por exigencia práctica de la vida, buen número de fuerzas sociales, así legislativas como consuetudinarias, reflexivamente unas veces y espontáneamente (1) otras; el juego de tal mecánica ha servido de asunto á la ciencia penal (á la conciencia del estudioso) en todos los momentos de la historia de ésta. La mecánica penal ha sido, pues, en todo tiempo, igual que toda mecánica en que intervienen los hombres en cuanto tales, una mecánica psicológica, y la ciencia

(1) Aquí, lo espontáneo se contrapone á lo conscientemente deliberado y voluntario, y equivale á inconsciente, instintivo, naturalmente causado, exento de elección voluntaria, concreta, por ministerio de un órgano específico encargado de hacer la elección conscia y arbitrariamente.

penal ó criminal—conocimiento ó saber relativo á esa mecánica—, no ha sido tampoco, ni puede ser otra cosa, sino una psicología criminal ó penal. Poco desarrollada como antes lo estuvo, ó bastante desarrollada como lo está ya ahora y como lo va estando más cada vez; constituída por una sola, sencilla y rudimentaria disciplina, ó abarcando, cual hoy sucede, una larga lista de ellas, una completa enciclopedia, la enciclopedia penal, lo cierto es que la llamada ciencia de los delitos y las penas ha tenido constantemente un carácter psicológico, porque no puede menos de tenerlo, supuesto que ha de referirse necesariamente á acciones humanas, ora delictivas, ora antidelictivas, y toda acción humana reviste, claro es, necesariamente, índole psicológica, como hija del espíritu humano sin poder pasar por otro punto.

Pero preciso es fijarse en que si la mecánica penal y la ciencia ó conocimiento de esta mecánica tienen, ambas, é irremisiblemente, carácter psicológico, no se las debe confundir; antes, por el contrario, es menester diferenciarlas cuidadosamente. Como mi funcionamiento psíquico entero (mis sensaciones y sentimientos, mis percepciones, ideas y raciocinios, mis inducciones, mis apetencias y deseos...) se produce en mí, como efecto de mi actividad espiritual, independientemente de que yo mismo ni otro alguien nos demos cuenta de él y conozcamos su proceso, sus causas y sus leyes; como ese funcionamiento se verifica por virtud é impulso propios, sin permiso de las ciencias que se llaman psicología y lógica, cuya función, como la de toda otra ciencia, en cuanto tal, es del todo pasiva y receptiva, función de conocer, registrar y anotar mentalmente lo que existe de suyo, y no función activa de obrar y dirigir (1), de la pro-

(1) El papel de la ciencia no es probablemente otro sino éste. La ciencia es el saber, el percatarse ó darse cuenta, el conocer alguien, el tener conciencia de algo que existe ó que sucede: lo cual no sucede ni existe porque haya quien adquiera conciencia de ello, sino al contrario. La ciencia, hija del funcionar de la conciencia y constituída por un conjunto más ó menos orgánico y sistematizado de productos conscientes, ó sea de conocimientos, presupone por fuerza

pia manera también se realiza el juego de los resortes criminales y penales, que son de naturaleza psicológica tanto en el individuo como en la sociedad, con independencia completa del estudio y conocimiento de los mismos. Aunque no hubiera habido ó no haya penalistas científicos que cultiven ó hayan cultivado las disciplinas correspondientes, no por eso deja ó dejaría de existir una materia penal, esto es, una actividad criminal y una actividad penal. Para que haya de-

---

aquella parte de realidad y fenomenalidad á que éstos se refieren. La ciencia, como la conciencia, su fuente, ha de ir sin remedio detrás del respectivo objeto en el que pretende clavar los ojos, objeto que se mueve, no porque le miren y aunque no le mire nadie, sino obedeciendo á otros resortes. El sujeto de la ciencia, el que ejercita su conciencia como medio de conocer algo, se porta de modo semejante al que emplean los fotógrafos, simples registradores de cosas, posiciones y relaciones que se dan fuera de la placa, y que en ésta quedan pintadas tal y como ellas mismas son, ó mejor diríamos, tal y como á la placa y ante ella han aparecido. La ciencia, en lo tanto, encerrada dentro de su esfera propia, es quizás ajena á la acción (aunque, de otro lado, esta pasividad completa es difícil lograrla con los hombres, cuyo hacer, el conocer inclusive, va siempre más ó menos matizado de finalidad perseguida. Aun las matemáticas puras, prototipo de las ciencias desinteresadas y objetivas, son en gran parte subjetivas y teleológicas). La ciencia, en cuanto ciencia, no sirve ni debe servir para nada, como no sea para dar satisfacción á la insaciable ansia de conocer que sienten los hombres y que es, como se ha indicado, el origen de las restantes inquietudes de ellos; ni es incumbencia suya dirigir la conducta de los hombres. Las denominadas ciencias aplicadas, ciencias prácticas, ciencias normativas, que pretenden (como la ingeniería, la medicina, la ética) dar reglas para obrar de esta ó de la otra manera, no son ciencias realmente, sino más bien artes, por más que en las ciencias correspondientes tengan su apoyo. Igual sucede con aquellas direcciones científicas ó modos de ciencia que suelen algunos llamar nomotesia, deontología, prognosis y crítica, y las cuales ofrecen planes y reglas de vida, ó bien hacen juicios de valoración respecto de alguna cosa. Convirtiendo en ciencia lo que no lo es; dando como contenido de la misma, no ya el conocimiento, el hecho de conciencia — que sólo puede darse en relación con lo existente, con lo pasado ó lo presente—, sino los deseos, apetencias ó finalidades de uno ó varios individuos—apetencias ó finalidades que miran, claro es, á lo porvenir y que son, por lo tanto, materia del hacer, no del conocer—, no tiene nada de extraño que la ciencia esté llena de equivocaciones, de desencantos, de fracasos, de utopias: ninguna de las cuales cosas tendría cabida en ella, y sí sólo los errores, cuando se la mantuviera encerrada en su propio campo, sin dejarla salir de él.

litos y delincuentes, y para que el alma de éstos se produzca conforme á causas y leyes seguras y eficaces, no es menester que ellas sean previamente conocidas y determinadas, ni hay que estar esperando esa determinación y conocimiento previos por parte del propio delincuente, ni por parte de los demás El delincuente practica sus acciones, aun cuando ni él ni nadie sepa cómo; pone sin duda en actividad todo un mecanismo psicológico, en el que, precisamente por ser psicológico, ha de intervenir de alguna manera su conciencia, pero que se desarrolla, sin embargo, también á espaldas de ella, esto es, de su conciencia conscia, por decirlo así, de su saber reflexivo, positivo, indudable. En el alma del criminal—como en la de todo hombre, y aun quizá se pudiera decir que en la de todo sér vivo cuando obra como tal, por impulsión, reacción ó determinación interna—pasa algo que le lleva al crimen, y que tiene que pasar, porque sin ello el crimen no vendría á la vida; pero ni el delincuente mismo, ni nadie, necesita saber (tener conciencia «mental», debería acaso decirse, pues «sensitiva» ha de tenerla el sujeto, sin lo cual no se movería á la acción) qué es lo que pasa, ni ello pasa porque se sepa, ni pasa, cuando se sabe, necesariamente conforme se sabe.

De igual manera, el alma de los que con el criminal conviven reobra contra éste y contra su modo de producirse. Es lo que lleva el nombre de reacción, la cual reviste diferentes formas y tiene diferentes nombres, según por quién y cómo es ejercida: unas veces es la pena propiamente dicha, representante de un movimiento de reacción en el alma colectiva, hoy nacional; y otras veces es la venganza, la retorsión, las represalias, la legítima defensa, el pago y la indemnización ó reparación, el lynchamiento, etc., representantes de movimientos reactivos en el alma individual (en la de la víctima directa del delito, v. g.), ó en la de muchedumbres y agrupaciones no legalmente autorizadas para imponer penas forenses, como las que imponen los poderes públicos del Estado nacional. Pero estos movimientos de contraimpulsión que se quieren contra-

poner á los impulsos criminales del delincuente y á los efectos de los mismos, se originan y obran por ley y fuerza propia, que diríamos, inconscientemente, no como consecuencia de una resolución madura y conscientemente deliberada. Aun cuando son movimientos psicológicos, lo mismo que lo son también, según hemos dicho, los que dan vida al crimen, no por eso representan, como de éstos se decía también, el cumplimiento reflexivo de cánones reflexivamente sentados por la ciencia penal, es decir, por un saber psicológico penal. Cuando un alma, ya individual ó ya social, se siente herida por actos de otra alma, que tiene por perjudiciales ó peligrosos (delitos), se coloca enfrente de ella y de ellos sin darse cuenta de lo que hace, como por indeclinable necesidad, obedeciendo á estímulos no bien (acaso ni mal) conocidos. Es una especie de reacción instintiva, á cuya presión no es capaz de sustraerse el que la verifica, porque ni siquiera lo pretende ni piensa en ello, pero que tampoco lo sería si lo pretendiese. La reacción anticriminal no suele verificarse por manera teleológica, moviéndose los correspondientes resortes con arreglo á una pauta rígida, trazada consciente y deliberadamente por anticipado; ni los individuos ni las sociedades se atienen á semejantes normas, cuando las hay (1), sino que se mueven como apremiados por sus propios irresistibles impulsos (2), los cuales hacen de las suyas, haya ó no quien conozca su íntima fuerza.

Es muy posible por eso caer en engaño cuando de estos asuntos se trata, como lo es igualmente siempre que los hom-

(1) Por ejemplo, ninguno de los que se ven ó se creen ver atacados por otro y reobran contra el agresor ejercitando la llamada defensa legítima se detiene, antes de verificarla, á reflexionar sobre las condiciones legales con las que debe hacerse para que sea lícita, á apreciar si en el caso concreto en que él se encuentra se dan ó no tales condiciones y á determinar la forma y los límites en que ha de practicarla. La doctrina de la defensa, conscientemente, científicamente formulada, andará por un lado, y la defensa misma por otro.

(2) Modificados ó nó, reforzados ó no, por el hábito, la rutina, la práctica constante de un determinado modo de obrar..., según les ocurre á menudo á los jueces ó tribunales.

bres quieren dirigir á otros hombres ó á otros seres por derroteros que ellos mismos les tracen y á fines que ellos persigan. Se llevan mu hos chascos. Sus esperanzas y propósitos resultan á menudo fallidos. Quieren llevar las cosas por un cierto camino, y se percatan á lo mejor de que ellas van por otro. Lo imprevisto, que no por imprevisto deja de tener fuerza y de desarrollarla, abarca un horizonte inmensamente mayor que el de lo previsto No es nada más que esto esa ley de la metamórfosis ó heterogénesis de los fines de que modernamente hablan filósofos, psicólogos y sociólogos, y de la que tanto aprecio quieren que se haga.

Así, pues, nada de extraño tiene que, en punto á la conducta de los hombres en esta materia penal, haya, lo mismo que en otras direcciones de la conducta, tantas equivocaciones, tantos cálculos frustrados y tantas sorpresas. Los hay en lo relativo á las causas productoras del hecho calificado de delito en el alma de su respectivo agente; los hay también en cuanto á la manera de reaccionar contra él por parte de los que se sienten ofendidos y enfrente de él se colocan. Cuando un legislador, por ejemplo, publica un código penal, ó un comentarista lo explica, ó un filósofo formula y desenvuelve la teoría penal que le sirve de base y los resultados que con la aplicación de ella se persiguen, es decir, los fines, según se los llama, que con la pena se buscan y los beneficios sociales que han de provenir de su empleo, casi siempre son todos ellos víctima de verdaderas ilusiones. Ni siempre, ó mejor casi nunca, es verdad que los efectos obtenidos sean los que decían buscarse, ni, lo que es más, esos efectos buscados son los que el legislador, el escritor, el gobernante cree y confiesa que persigue. Lo más general es que, de hecho, se tengan muy otras concepciones que las por el sujeto declaradas y conscientemente reconocidas, y que, en armonía con ello, vaya aquél en persecución de fines distintos de los que él se figura y dice que persigue. No piensa uno muchas veces—¿acaso no todas? —, como no obra tampoco, según su propia conciencia le muestra: piensa como

piensa y obra como obra, de una manera que escapa á su propia conciencia reflexiva, la cual, por eso, al engañarnos, lo hace de buena fe, pues comienza ella misma por engañarse á sí propia.

Voy á ver si poco á poco logro irme dando á entender.

III

BASES DE LA DOCTRINA PENAL CORRIENTE

¿Cuáles son las ideas capitales que informan la concepción penal á que responden nuestras leyes, así el Código penal común como los códigos y leyes penales especiales? Cualquiera persona un poco entendida en tales asuntos á quien se le haga tal pregunta, como por ejemplo un comentarista, un profesor de derecho, un magistrado, un abogado, encontrará facilísimamente la respuesta. Repetirá la teoría sencilla que solemos todos aprender y que sin mayor examen va pasando de unos á otros individuos como perfectamente clara é indiscutible. Según la cual, el delito es un efecto libérrimo de la voluntad absolutamente indeterminada del autor del mismo, quien, por haber producido su acción en tales condiciones, como puro efecto de su sola elección consciente, sin presión alguna, ni interna ni exterior, se hace responsable de ella y de sus derivaciones ó consecuencias, constituyéndose en deudor para con la justicia y la sociedad; y el pago adecuado de esta deuda ó responsabilidad es lo que representa la pena, sin cuya imposición al delincuente la justicia quedaría en falta y como incompleta.

Si los autores de nuestro vigente Código penal se hubieran visto ó se vieran obligados á traducir en una fórmula breve el pensamiento fundamental que les inspirara al formularlo, y á dar cuenta de las finalidades que reflexivamente persiguieran con esa formación, no habrían dicho, es de suponer, cosa muy distinta que ésta. Si no lo hicieron, creyéndose excusados de ello, fué por juzgarlo innecesario; suponían marchar sobre te-

rreno segurísimo y nada indudable, pues ni siquiera les asaltaría sospecha de que hubiese alguien que no tuviera por aceptable la doctrina expuesta, que diríamos básica. Esta doctrina, por lo demás, es la que encontramos latente é implícita, aunque haciendo aquí y allá apariciones ostensibles, en las obras de los comentaristas del vigente Código, alguno de los cuales fué miembro de la comisión que lo formara, lo mismo que la encontramos también en las de los comentaristas del Código de 1848, que en esto, como en la mayor parte de las cosas, ha sído íntegramente reproducido por el actual.

Pues bien; aparte del valor que la indicada teoría pueda tener, sobre lo que ya haremos algunas indicaciones, es lo cierto que, examinando el Código, ya en conjunto ó ya en el detalle, resulta ser ella la que acaso menos se trasparente en las disposiciones del mismo, la mayoría de las cuales revelan, por el contrario, otro espíritu y otro alcance, de los que nadie se acuerda, por lo regular, ni nadie menciona. De aquí provienen las que alguien denominaría incongruencias, buen número de las cuales se pueden fácilmente poner de resalte en todas aquellas ocasiones en que uno está «hablando en prosa» sin saberlo, y aun contra todos sus designios y propósitos. Muy á menudo, pero mucho, uno cree y quiere rendir tributo á una concepción, y en realidad, sin buscarlo, la pone en olvido y hace sacrificios á otra deidad diferente que no es de su devoción y á la que hasta puede considerar hostil. Cualquiera que desmenuce la mayoría de las doctrinas, penales ó no, y que mire con cierta fijeza sus distintas partes, puede sin mucho trabajo notar las contradicciones y la carencia de armonía que hay entre ellas, percatándose de que lo afirmado en un sitio no se compadece bien con lo sostenido en otro ó en otros, y de que sentada, por ejemplo, una tesis general, que se dice va á servir de clave y criterio para todos los capítulos subordinados y todos los casos concretos, después, cuando éstos llegan, queda aquélla á un lado y se la reemplaza, sin que lo advierta el mismo sujeto, con otro prin-

cipio que en nada se parece al primero, si es que uno y otro no son antitéticos completamente, conforme ocurre en mil ocasiones. En la materia de imputabilidad y responsabilidad penales sucede bastante de esto: con frecuencia se hacen ellas efectivas acudiendo á elementos y reglas diferentes de los que el propio autor dejara expuestos al disertar sobre la teoría general de la imputabilidad y la responsabilidad. Y lo propio cabe decir por lo que al fin de la pena, y á su consiguiente forma, clase y cuantía se refiere.

Nuestra indefectible tendencia á entenderlo y comprenderlo todo, á creer que ello se produce y desarrolla porque ó conforme nosotros lo comprendemos y entendemos, y á pretender dirigir esa producción y desarrollo en perfecta armonía con nuestra inteligencia y comprensión, nos desorienta muy á menudo, porque nos impide advertir las discrepancias que hay casi siempre entre la realidad de las cosas y el engranaje positivo de los fenómenos, por un lado, y la idea ó representación mental que, por otro lado, nos formamos nosotros tanto de aquélla como de éstos. La realidad de las cosas y el tejido que forman sus mutuas acciones y reacciones son de una complejidad grandísima, verdaderamente interminable; mientras que el estudio y el consiguiente conocimiento que de ellos podemos hacer y tener nosotros son siempre, por fuerza, fragmentarios, imperfectos, unilaterales. Cada problema tiene un número indeterminado de aspectos, y, en cambio, nuestra mente no suele ser capaz de contemplarlo, sobre todo á la vez, más que por uno ó por muy pocos de ellos. Nuestra conciencia no puede estar ocupada en cada instante sino con un punto, descuidando los demás con los que mantiene éste relaciones, las cuales no desaparecen ni dejan de producir sus naturales efectos aun cuando nosotros no las contemplemos ni nos hagamos cargo de ellas como sujetos conscientes. De lo que resulta, claro es, que nuestras teorías y doctrinas son siempre mucho más estrechas que la porción de realidad que pretenden aprisionar mentalmente entre sus mallas, y que, por lo tanto, todas ellas

suelen ser más ó menos inservibles (falsas), efecto de lo cual nos producen frecuentes desencantos. Es lo que les sucede en todo caso, inevitablemente, á los constructores y defensores de sistemas, tan luego como éstos pretenden ser implantados y producir efectos; entonces es cuando se palpan los desengaños, cuando se dice que entre la teoría y la práctica hay mucha diferencia, que se salda siempre en favor de esta última; cuando se asegura que todo sistema ha de estar rodeado de imperfecciones y defectos, que se irán remediando á medida que el tiempo pase y á medida que se vayan recogiendo las enseñanzas de la experiencia, la cual se encarga de ir poniendo de bulto los errores teóricos (es decir, mentales) de nuestros cálculos y conocimientos anteriores.

Según la teoría ó concepción sistemática más corriente, la tenida como indiscutible por muchos, y á la que se dice á cada paso que responde el organismo del derecho penal vigente entre nosotros, ya por ley, ya por costumbre, ya según las doctrinas de los doctos, el delito es un producto arbitrario de la voluntad de su autor, es decir, un resultado exterior de su conducta, previsto de antemano en su mente y ejecutado luego de conformidad perfecta con esta previsión El proceso que da vida al delito, conforme á esta concepción, es un proceso teleológico, exclusivamente mental, un juego puramente intelectualista. En el alma del delincuente no se reconocen otros elementos que los mentales; lo que en ella sucede, para arrastrarla á la acción ú omisión delictuosa, no es sino una lucha de representaciones intelectuales, una especie de cálculo de motivos, finalidades, ventajas ó desventajas que pueden sobrevenirle al sujeto obrando de esta ó de la otra manera. Esto es lo que se denomina deliberación y consiguiente resolución, las cuales constituyen justamente los dos momentos tenidos como los más esenciales, por los filósofos y los penalistas, en la que llaman «generación del delito» ó sea en el *iter criminis* que el delincuente se figuran que va mentalmente recorriendo. Los influjos ó factores de otra índole, y principalmente los de or-

den afectivo é instintivo, esos que tan gran fuerza impulsiva y arrolladora suelen tener, no entran regularmente para nada en esta concepcion; y menos aún tiene en cuenta la misma aquellos otros que obran al parecer más escondidamente, como detrás de los anteriores y empujándolos con eficaz violencia: á saber, los influjos fisiológicos, cuyo conjunto lo recogen con frecuencia en abreviada síntesis la palabra «temperamento» ú otras equivalentes á ella (índole, natural, carácter, tendencias, etc.).

Es, al cabo, como fácilmente se comprende, la proyección, en el caso especial relativo á la conducta delincuente, de la tradicional y predominante manera de concebir intelectualistamente toda la conducta humana. Considerando que el obrar de los hombres depende siempre de las resoluciones de éstos, y que las resoluciones son unos efectos que sólo reconocen por causa la deliberación consciente del sujeto, con la indispensable lucha y combinación de representaciones, de idealidades, fines, propósitos, intenciones, todo lo cual se nos presenta bajo apariencias intelectivas únicamente, claro está que la acción criminosa, una singular especie de acción humana, con los elementos genéricos esenciales á todas ellas, no había de tener otra manera de engendrarse sino la manera intelectualista, común á todas. Y el esquema que respecto á la génesis del delito en el alma de su autor nos ha venido ofreciendo como típico la psicología criminal, es decir, la teoría relativa al asunto desarrollada por psicólogos, filósofos del derecho y penalistas, y aceptada por el pensar corriente en nuestros días y en tiempos anteriores á ellos, es el mismo esquema que tocante á todas las acciones humanas, en cuanto tales, hallamos predominando en las doctrinas de la psicología general, esencialmente intelectualista, durante mucho tiempo. Siendo el hombre, para esta psicología, «una inteligencia servida por órganos», una especie de mecànismo, dirigido por modo inteligente, previsor, finalista é intencional; correspondiendo en el hombre la soberanía al espíritu, y en

el espíritu á la inteligencia, esto es, á la conciencia, el saber, la visión y la previsión, todo el obrar humano propiamente dicho, lo mismo el lícito que el ilícito, el justo que el injusto, el honrado que el criminal, resultaba por fuerza revestido de un carácter ante todo y sobre todo espiritual, que es decir, intelectivo, consciente, finalista, espontánea é intencionadamente dirigido. Y por ser de esta manera es por lo que en él, á diferencia de lo que pasa con el obrar ciego, ininteligente, no con conciencia y voluntad dirigido ni perseguido, sino necesitado y mecánicamente constreñido, cabe hablar de imputabilidad y responsabilidad, con las otras nociones afines y correlativas de mérito y demérito, créditos, y deudas, recompensas y castigos. Allí donde, por haber intervenido la inteligencia, la conciencia, la previsión y la idea de finalidad, existe una acción humana, allí es donde únicamente se puede hablar de un autor de ella, y donde, por lo tanto, se da el encadenamiento de causalidad espiritual que á la imputabilidad sirve de base, al revés de lo que ocurre cuando se trata de movimientos inconscientes, ininteligentes y por lo mismo automáticos y necesitados—ya que la inteligencia y la conciencia se hacen equivalentes á dirección voluntaria y exenta de toda traba constreñidora. La imputabilidad es la atribución de los actos conscientes, deliberados, intencionales, y de las consecuencias que de ellos hayan provenido (¿de todas, ó sólo de las previstas y buscadas de intento?) á sus respectivos autores; y solamente pueden ser considerados tales, aquellos sujetos que hayan dirigido su actividad por donde les haya parecido mejor, ó sea por los derroteros que su inteligencia haya previamente trazado (1). Si solamente los previese ó tuviese concien-

( ) Por eso no suele admitirse imputabilidad en aquellos sujetos cuya conducta se juzga maquinal, como ocurre con los locos, sonámbulos, alcohólicos, histéricos, etc. Esta teoría de la imputabilidad la admiten, con uno ú otro nombre (v. g., de la «mera voluntariedad», de la «integridad mental», de la «inteligencia normal») aun aquellos deterministas (y son muchos) que de este modo creen (equivocadamente, me parece á mí) haber salvado el escollo del libre al-

cia de ellos, pero sin indicarlos y sin forzar en algún modo al sujeto á la acción, de modo que éste los hubiera de recorrer de todas maneras, ya estuvieran previstos en la conciencia ya no lo estuviesen (que es lo que se supone acontecer con el instinto en los animales, y lo que á veces se hace también extensivo á los hombres cuando se piensa en su hacer habitual y en los actos que los moralistas tradicionales llaman *primo primi*), no cabría considerar en rigor al agente como autor de ellos, ni por consiguiente imputárselos para pedirle cuenta (responsabilidad) por los mismos. Si la inteligencia, la conciencia del fin que va á ser perseguido y obtenido, la previsión mental, no tuvieran eficacia directora, sino meramente explicadora, iluminadora *ex post* de lo que por su propia virtud y por ley indeclinable había de suceder de todos modos, estuviera ó no estuviera previsto en la mente del que lo hace, parece claro que éste no podría ser tenido como autor de lo acontecido en el respecto que nos ocupa, esto es, como autor moral (aunque fuera autor físico, como lo son todas las cosas, las unas de las otras, y entonces el hombre mismo entraría en la categoría general de ellas y sería colocado en el mismo nivel de todas, sin nada de característico que lo diferenciase por este lado). Y no siendo autor moral, caerían todos los conceptos que en éste toman su razón de ser: el de acción personal, independiente, que á voluntad puede realizarse ó no; el de acción ilícita y punible, el de la imputabilidad de la misma, con la correspondiente responsabilidad, pena, etc. Cuando se afirma la necesidad de que el acto humano, en cuanto tal y para poder considerarlo como verdaderamente humano, con todas las derivaciones que de aquí resultan, esté acompañado y precedido (previsión, intención) de inteligencia ó conciencia, es porque á semejante intervención mental se le da algún efecto. Se pretende decir, ó se dice por modo explícito lo siguiente: «Cuando una persona

---

bedrío. Pero la doctrina que defienden ¿es, en el fondo, diferente de la que admite este último de manera expresa?

se representa de antemano en su mente fines varios que son accesibles á su propia actividad, esta previsión ó conocimiento previo envuelve la posibilidad, por parte del sujeto, para perseguir *ad libitum* ó dejar de perseguir cualquiera de los mentados fines, ó todos ellos. El saber es el comienzo de la acción ó de la omisión, y como su causa. El que sabe lo que va á hacer, tanto puede hacerlo como evitarlo. Por esto es el verdadero autor moral de ello y debe estar atenido á las consecuencias. Sabiendo (por ejemplo, mediante el conocimiento de la respectiva ley) lo que está prohibido, es facilísimo huir de su práctica, y parece que se encuentra uno empujado á huir. El conocimiento, la iluminación intelectual es el solo motor de la conducta en todo hombre, siempre que proceda como tal y practique actos humanos. Entre los dos términos hay un nexo indivisible y único. Y siendo los individuos iguales todos, en cuanto inteligentes y conscientes, el valor moral de los actos de todos es el mismo (1). Esta relación indefectible

(1) En efecto, si por parte de las condiciones y elementos constitutivos de su privativa individualidad, cada hombre tiene una peculiar naturaleza, que le hace ser lo que es y presentar una fisonomía característica (no sólo física, sino también psíquica ó moral), inconfundible con la de ningún otro, cuando, en cambio, se les considera como mecanismos deliberantes y volitivos, parece que entre unos y otros no existen diferencias. Cabe quizá decir que hay en cada hombre dos hombres: uno, el fundamental, el real, suma de impulsos, instintos y apetitos, bagaje de factores siempre presentes á cuantas obras aquél ejecuta, y este hombre es diferente de unos individuos á otros, ejerciendo en todos ellos su pesadumbre, pero con gravedad y de manera distinta; y otro hombre cortical, superficial, mucho más visible que el anterior, ó sea el hombre consciente, el autor de los hechos voluntarios, en la producción de los cuales no interviene otra alguna determinación causal, más que la arbitraria y por su parte indeterminada deliberación y resolución consciente é intencional. Este hombre cortical, equivalente siempre á cero desde el punto de vista de la causación ciega, pero muy efectiva, de las acciones, tiene, pues, que ofrecerse como igual en todas las ocasiones y en todos los sujetos donde le supongamos existente. Es el hombre abstracto y vacío, puro poder cognoscitivo, y soberanamente dueño de su actividad *ad extra*, que se presupone siempre sujeto del llamado libre albedrío absoluto (*liberum arbitrium indifferentiae*). Ahora, este hombre es el único que conoce ó el único en que se fija (hasta donde ello es posible, sin embargo) la

y exclusiva, de que resulta el hacer humano determinado por la conciencia ó el conocimiento, y nada más que por la conciencia ó el conocimiento del agente, sin admitir ningún otro factor, es precisamente lo que representa y se llama el obrar libre, base ordinaria, según es sabido, de la imputabilidad y de la subsiguiente responsabilidad, sin cuya existencia y auxilio queda en el aire el derecho penal, ya que sus nociones y elementos fundamentales desaparecen».

IV

DEL TESTIMONIO DE LA CONCIENCIA Y CRÉDITO QUE MERECE

Este modo de concebir la acción humana y su proceso psicológico, modo que se aplica á los delitos igual que á todas las restantes formas ó manifestaciones del obrar, no puede ser más sencillo. Por eso, sin duda, tiene tan general aceptación. Requiere muy escaso trabajo de observación y análisis, y ya se sabe que andamos siempre, lo mismo en materia de pensamiento que en cualquiera otra, á la busca del mínimo esfuerzo y del medio más económico para conseguir un resultado. Con pararse uno ante las más inmediatas apariencias, se le figura que ya ha hecho bastante y que no necesita averiguar más para hallarse en posesión de la respectiva certidumbre. Los mismos agentes ó sujetos de cada particular acción suelen creerse autorizados para afirmar sin la menor duda que éstas han obedecido en su producción exclusivamente al personal querer espontáneo y absolutamente indeterminado, no habiendo tenido este querer detrás de sí ningún otro antecedente causal más que la propia conciencia iluminadora del fin buscado y del camino que recorrer para conseguirlo: es decir, la propia inteligencia deliberante y previsora y la consiguiente voluntad electora de lo que le ha parecido más conveniente, pero que,

---

aludida concepción referente á la génesis del delito y á la imputabilidad y responsabilidad de sus autores.

como lo ha elegido, ha podido muy bien, á su discreción, dejar de elegirlo, ó elegir otra vía distinta que condujese á distinto sitio, igualmente previsto y alcanzado en virtud de resolución previamente deliberada.

Cuando, para demostrar que la voluntad humana se mueve por su propia virtud y sin traba alguna que la empuje y constriña con fuerza causal, se aduce como argumento poderosísimo, como el más incontrovertible, según algunos, como el único valedero verdaderamente, según muchos, el testimonio de la propia conciencia, no parece que se quiere decir otra cosa. «Yo sé perfectamente, sin temor alguno de equivocarme, porque me lo dice mi propia conciencia, testigo infalible, que mi conducta en tal ó cual momento, en tal ó cual dirección concreta, no ha tenido raíces causales de ninguna especie: habiendo sido mi acción exclusivamente mía, puro efecto de mi espontaneidad arbitraria, si bien inteligente, más ó menos deliberada, consciente, previsora y finalista. Quien ha obrado he sido yo, sólo yo; pero yo, en tanto que inteligencia, en tanto que conciencia únicamente, en tanto que ser nada más que mental. He obrado yo; pero un yo vacío, privado de contenido interno con propio poder; sin especie alguna de lastre que, de existir, se hallaría presente donde quiera que yo estuviese, predominando sobre mi misma conciencia y gravitando sin remedio en todo caso, aun á pesar de ésta y á sus espaldas, ó por encima de ella, siempre que yo me moviera empujado por aquel lastre y arrastrándolo constantemente en pos de mí, sin poder nunca desasirme de él y dejarlo á un lado, para conducirme á mi pleno sabor como si él no existiera». Este es el razonamiento que se emplea, más ó menos explícitamente, cuando, para defender la espontaneidad consciente y libre de las acciones humanas y su exención de causalidad natural, se invoca el testimonio de la conciencia de sus respectivos autores. Parece que se puede traducir de esta otra manera: «En mi acto no interviene más causalidad sino la que yo conozco, aquélla de que yo me doy cuenta por medio de mi conciencia. Estoy

segurísimo de que lo que yo no veo no existe, bajo este supuesto. Mas, como mi conciencia no tiene noticia de ninguna otra forma de causalidad que no sea ella misma, resulta que yo afirmo, con plena certidumbre de no equivocarme, que en mis acciones, como en las de los otros hombres que las practiquen en condiciones análogas á aquellas en que yo me encuentro, no se da nunca otra causalidad más que la causalidad consciente. La única causa á que el voluntario hacer humano obedece es la conciencia del sujeto [es decir, una causa que no es causa, ya que la conciencia, puro conocer, saber puro, carece, por su misma índole, de poder activo, y, como receptiva que es, presupone la existencia de la realidad conocible ó conocida, cuyas evoluciones sigue ella, pero no las determina]. Si yo obro, es porque sé que voy á obrar, no por otra razón ni obedeciendo á más causa. Nada puede obrar en mí sin permiso mío y sin mi dirección consciente, finalista y previsora».

De esta suerte se podrá comprender el hecho de que á cada paso se invoque, como argumento decisivo tocante al valor de las acciones de los hombres, el conocimiento que de ellas tengan sus propios autores, ó sea el repetido testimonio de la propia conciencia; y esto, lo mismo con relación á los delincuentes que con relación á los que no lo sean, igual para los actos tenidos por delictuosos que para los considerados como lícitos. Á la conciencia del criminal se apela á menudo para probar, con fuerza reputada irrecusable é inexpugnable, que sus procederes criminales son procederes conscientes y, en cuanto conscientes, sólo derivados de esta conciencia y libres del influjo causador y determinador de todo mecanismo ajeno á ella. ¿No sabemos, v. g., de muchos escritores y tratadistas á quienes se estima serios y de gran competencia y profundidad de pensamiento, los cuales, para hacer ver que los delincuentes son dueños completos de sus acciones, y no unos perturbados ó enfermos mentales con los que ha de entendérselas la psiquiatría en vez del derecho penal (concebido al modo corriente), acuden á los delincuentes mismos, á fin de que

éstos digan si en conciencia se reconocen como sanos de espíritu, ó como locos; como señores y directores libres de su conducta, ó como esclavos é instrumentos de alguna degeneración orgánica ó psíquica, de algún desarreglo funcional del cuerpo ó del alma, es decir, como víctimas de la combinación aleatoria de fuerzas naturales, ante cuya presión, vigorosa é irresistible, se ha tenido que rendir el poder consciamente activo y director del propio sujeto?

El asunto, sin embargo, no ha de ser tan sencillo como los anteriores razonamientos lo dan á entender. El acto humano, criminal ó no, podrá acaso producirse y seguir su curso, igual que otro fenómeno cualquiera, por virtud de su propia íntima necesidad causal, independientemente de que ni el mismo agente ni nadie la conozca, sin esperar á que este conocimiento preceda y no teniendo con él un engranaje de subordinación indefectible y exclusiva. La conciencia del sujeto—como la de otra persona extraña—podrá acompañar á aquella producción, sin ser su causa. No porque yo conozca una cosa, le doy el ser, ni determino su actividad (1). Aunque toda mi naturaleza, con cuantos elementos la constituyen, fuera trasparente para mí, y ningún rincón, propiedad ó potencia de la misma, por ínfima que sea, quedase fuera de mi conocimiento, no por eso estaría ella dependiendo de mí; ni su acción natural, de ella misma derivada, es decir, sus naturales productos, sus actos ó fenómenos, serían efecto del conocimiento mío.

---

(1) La conciencia puede muy bien limitarse á registrar ó anotar los actos que se verifican ante ella, pero sin que ella sea la causa productora de los mismos; algo así como cuando se percata de la existencia de un dolor, ya físico ya moral, cuya aparición no ha dependido de ella, y cuya desaparición no depende de ella tampoco. Los órganos ó aparatos registradores de un orden cualquiera de fenómenos no van delante de éstos, siendo su causa, sus directores y guías, sino que van detrás, espiándoles los pasos y apuntando todos cuantos dan y cuantas modificaciones experimentan: tal ocurre, v. g., con los que hacen los diccionarios, los censos de cualquiera clase, etc.

Pero, además, no estamos en este caso. Creer que todo lo que yo soy, lo que yo puedo, lo que yo hago, las mil y mil energías que en mí existen y en mí obran, y los innumerables fenómenos que dentro de mí mismo se producen, están presentes á mi conciencia, sin quedar nada fuera del radio de acción de la misma, por lo que, en todo caso, mi conciencia, teniendo ante su vista todos los hilos y los resortes de mi conducta, puede darme cuenta y dársela á cualquier otro de lo que en mí sucede, es una ilusión que bien podríamos calificar de candorosa No sólo lo que en mí mismo ocurre no ha de ocurrir *porque* yo lo sepa, sino que de lo muchísimo que constante é incesantemente está ocurriendo en mí, sólo una porción infinitesimalmente pequeña penetra en cada instante dentro del umbral de mi conciencia (1). Nada más difícil é impenetrable para el conocimiento del hombre, que el hombre mismo. El *nosce te ipsum* no ha pasado, ni pasará acaso nunca, de un *desideratum*. ¿Cómo, entonces, dar al llamado testimonio de la conciencia el ilimitado valor que se pretende darle á cada paso, no sólo por la generalidad de las gentes, sino también, y quizá más aún que por éstas, por los filósofos, los psicólogos, los juristas, los hombres doctos en general, que están incesantemente acudiendo á él para que sirva de inconmovible apoyo á sus lucubraciones y doctrinas?

Dice un delincuente que su delito ha sido efecto nada más que de su voluntad consciente y deliberada, y que detrás de ésta no ha habido poder alguno causal que la empuje y la haga su víctima. Para asegurar tal cosa se remite al testimonio de su conciencia. ¿Hay que dar asenso desde luego y ciegamente á este testimonio (presuponiendo en él, no hay que decirlo, sinceridad y no mentira), ó hay, al revés, que ponerlo en cua-

---

(1) De lo que dentro de mí mismo pasa, la conciencia sabe poquísimo. En realidad, se detiene ante los productos—y sólo ante unos pocos—ya definitivamente elaborados, sin pararse á averiguar, ni poder conseguirlo cuando lo intentase, el proceso total y detallado que aquéllos han ido siguiendo desde su primer origen hasta presentar la forma que revisten al presente.

rentena y someterlo á un examen objetivo, para depurar su valor, de donde resultar puede que otros individuos que ven la acción y su proceso desde fuera rectifiquen á quien dice ver una y otra cosa desde dentro, en sus propias entrañas? ¿Qué crédito, pues, merece el testimonio aludido? ¿No se puede tachar al que lo alega (repito que de buena fe) de hombre equivocado, asegurando que no sabe lo que dice y, por lo tanto, que no tiene la debida conciencia de su propia conciencia?

Notemos cómo se está rectificando la doctrina del testimonio y del correspondiente valor del mismo. Ya de antiguo han venido advirtiendo los escritores de lógica, y aun el mismo vulgo observador, lo falibles que son nuestros juicios apoyados en las percepciones de los sentidos corporales, y las limitaciones y reservas con que, por lo tanto, hay que acoger su testimonio, sin embargo de que los correspondientes sujetos juren manifestar fielmente aquello de que tienen conciencia. Se engaña uno con grandísima facilidad creyendo ver ú oir lo que no ha acontecido, ó que ha acontecido de distinto modo como su conciencia se lo muestra. Y esto ocurre igual con el llamado sentido íntimo, el cual viene á ser, lo mismo que los sentidos exteriores, un instrumento ó medio con cuyo auxilio percibir y observar algo que se produce ó desarrolla fuera de él, una especie de lente para ver cosas. No es, por eso, extraño que la pretendida infalibilidad del testimonio de la conciencia esté hoy tan en crisis como la fe en las enseñanzas de los sentidos corporales. La psicología y la lógica, en sus diferentes manifestaciones, y por lo tanto en su relación con el delito y el delincuente, ó sea la psicología criminal y la lógica judicial y forense, se muestran, con razón, bastante escépticas y desconfiadas en este respecto. La conciencia de un sujeto, delincuente ó no, es incapaz de enseñarle y decirle á éste, por lo que se refiere á los propios actos, como por lo que se refiere á los actos ajenos, otra cosa más sino lo que ella misma perciba y conforme lo perciba; y sus percepciones no son siempre, ni con mucho, indefectiblemente verdaderas. ¿Por qué, si no por eso

(entre otras cosas), se halla hoy en día tan debilitada la fuerza probatoria, tenida antes como absoluta é indiscutible, de la confesión en juicio, hecha por el reo ó por un litigante é interesado en éste, aun recayendo ella sobre puntos que hayan de perjudicar al que confiesa? Cuando yo me observo y me percibo, ó por los sentidos exteriores ó por el llamado íntimo, soy para mí tan objetivo como lo es, frente á mí, otra cosa cualquiera, ó como puedo serlo yo frente á otra persona que me observe y se quiera dar cuenta de los fenómenos que en mí tienen lugar. Y estas observaciones y percepciones no van acompañadas, repito, de ninguna garantía que abone su exactitud, su inatacable escrupulosidad, la perfecta seguridad de que son objetivamente verdaderas, y no simples opiniones ó puntos de vista subjetivos. Tocante á lo que yo soy, á lo que yo puedo, á lo que yo hago, á mis facultades y energías, á su alcance é influjo, á las raíces y causas determinantes de mi conducta, á las trasformaciones y combinaciones que acompañan á los procesos de cada uno de mis actos, soy víctima á menudo de ilusiones y equivocaciones, y á menudo también me encuentro en un estado de total ignorancia.

Está, además, cada uno de nosotros hasta en peor situación para observarse y conocerse á sí mismo, que para observar y conocer á los extraños. Teniéndose demasiado cerca, le faltan las indispensables condiciones de perspectiva. Ya se sabe que el propio individuo aprecia mal sus cosas, habiendo de ser necesariamente juez y parte cuando de ellas se trata. Y nada tiene de extraño por eso que no sea siempre uno (si lo es alguna vez) lo que cree ser y su conciencia le dice (bueno, inteligente, creyente, fiero, piadoso...); á menudo suele presentarse como lo que no es, obligando á que los demás desconfíen de su propia (honrada) palabra, y á que den, respecto de él, de sus cualidades y comportamiento, más fe que á esta última, á la palabra ó testimonio de terceras personas. Para obrar en adecuadas condiciones de imparcialidad, ó lo que es igual de juicio sereno y acertado, ha de ser la materia del juicio, base de

la acción, ajena al que juzga. Como el acto le toque á alguna fibra sensible, fácil es que no le dé la importancia que tiene en realidad, atenuándola ó exagerándola. No es uno el mejor observador y diagnosticador, ni consiguientemente el mejor médico, de sus propias dolencias, ni aun de las dolencias de los suyos, las cuales, justamente por afectarle de cerca, le impiden verlas conforme ellas son. En casos tales, se engaña uno á sí mismo con facilidad grandísima, no sólo porque, demasiado próximo á aquello que pretende percibir, carece de la objetividad necesaria al efecto, sino también porque, aun sin pretenderlo ni darse cuenta, da á sus juicios la orientación y el matiz que le parece exigen su interés privativo y la finalidad que cree convenirle. ¿Por qué, v. g., acudimos al examen pericial, y no nos fiamos de las aseveraciones de los respectivos sujetos, apoyadas en el testimonio de su conciencia, siempre que se trata de cuestiones psicopatológicas, es decir, de preguntas relativas al alma de algún individuo? Tenemos dudas, por ejemplo, acerca del estado mental y el autodominio de una persona, y consiguientemente acerca del valor moral de sus actos; y en vez de tomar pie de lo que ella misma nos diga, teniéndolo por irreprochable, ya que es la expresión de un íntimo convencimiento arraigado en la conciencia y proveniente de la observación directa por parte de ésta, llamamos á una ó más personas extrañas, á las que denominamos peritos, para que ellas nos digan lo que hay de verdad en punto á los hechos de conciencia de un sujeto determinado, hechos que éste ve, toca y percibe desde dentro, y aquéllos, los peritos, tienen forzosamente que contentarse con observar y aquilatar desde fuera. Parece el fenómeno extraño, pero así es. Si el testimonio de la conciencia mereciese el crédito que se le quiere atribuir á veces, ¿por qué negársele ahora, cuando precisamente un individuo declarado loco, degenerado, anormal, por los llamados psiquiatras, asegura, en contra de lo informado por éstos, que tiene su espíritu perfectamente sano y equilibrado; que su conciencia le dice ser completamente libre y dueño de

sus acciones; que ninguna causalidad natural ú orgánica, ningún trastorno ni desarreglo funcional, ninguna impulsión irresistible le ha llevado á ejecutar su acto, sino que éste ha sido un producto exclusivo de su resolución espontánea, consciente y maduramente deliberada?

Yo, la verdad, no encuentro muy satisfactoriamente explicable esta especie de compresión sofocadora de la conciencia ajena que envuelve la existencia del informe pericial psiquiátrico, no sólo en el orden de la administración de justicia criminal, sino también en la civil y para otros muchos efectos sociales: como la envuelve asimismo todo análisis y todo diagnóstico eficaz de los actos ajenos, en el caso de que éstos se estimen ligados en relación de efecto ó causa con la conciencia de su autor. Pues ¿quién, mejor que el sujeto de la misma, puede penetrar en las reconditeces de esta conciencia, y ante quién descubrirá ella su propio contenido con menos recato que ante aquél? Dar mayor valor, por lo que á los actos míos se refiere, á las afirmaciones ó interpretaciones de un tercero, que á mis propias afirmaciones ó interpretaciones, y mayor crédito á su conciencia que á mi conciencia, no parece, en verdad, que sea respetar mucho los fueros de ésta, ni reconocerle la importancia decisiva que se suele decir le corresponde en la producción y dirección de la conducta individual. Habiendo de prevalecer, por lo menos á veces, el criterio exterior sobre el interno, quedando éste cohibido ó anulado, ¿no estamos en camino de decir que lo mismo puede y debe suceder siempre, y que aun en aquellos casos en que el sujeto pueda creerse más seguro de ser él solo la causa consciente de sus actos, libre de todo constreñimiento, su creencia, enteramente subjetiva, es una verdadera ilusión, á la que no corresponde la realidad de las cosas, y, por lo tanto, que, en nombre de esta realidad, y mediante los genuinos representantes de ella, debe aquella ilusión ser rectificada y vencida, como hemos visto pasa cuando intervienen los peritos llamados *ad hoc*?

De hecho, así acontece con frecuencia. La teoría de que el

acto voluntario, v. g., el delito, obedece tan sólo al puro mecanismo mental de las representaciones, las previsiones, las aspiraciones, las finalidades apetecidas, las resoluciones calculadas y deliberadas por el agente, si bien se sigue manteniendo doctrinal y especulativamente, que diríamos (v. g., cuando los tratadistas discurren acerca del concepto del delito y de sus elementos, de la imputabilidad y sus condiciones), la verdad es que luego se deja á un lado á cada momento por aquellos mismos que dicen profesarla con fidelidad. Y este abandono se advierte en el mismo terreno teórico, cuando, por ejemplo, se desarrollan materias con respecto á las cuales tienen necesidad los autores respectivos de establecer excepciones de los principios que anteriormente sentaron como fijos, y aun axiomáticos, ó de sentar otros distintos que sirvan de correctivo ó de complemento, según los casos, á los primeros. La lectura atenta de los escritos referentes á materias penales—unas de las más instructivas á este respecto, por ser las en que el hacer humano se presenta más de relieve y con resultados más visibles—, como así bien la de los códigos y leyes en que se traducen los puntos de vista de quienes los han formulado, ofrece abundante enseñanza. Como lo que á nosotros más directamente nos interesa es lo nuestro, que por lo demás es muy análogo á lo de otras partes, siendo muy parecidas las posiciones mentales que por doquiera dominan, lo mismo entre los publicistas que entre los legisladores, jueces, abogados, gobernantes, etc., á nuestras leyes vigentes es á las que haré referencia exclusivamente.

V

LO VOLUNTARIO, SEGÚN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Si la conciencia del delincuente, aun posiblemente equivocada, y de todas maneras poco de fiar, hasta para él mismo, prevaleciese, ella sería la única explicación valedera del deli-

to propio, ó sea de la propia conducta. El criterio personal sería el único intérprete autorizado de los actos, desde el punto de vista psicológico. Mas no sucede así. Lo mismo en la materia penal que en tantas otras, hay siempre un criterio externo que se impone al nuestro propio, lo ahoga y le priva de valor. Es el criterio social. La conciencia social, por medio de sus diferentes órganos, y en especial mediante aquéllos que más eficazmente la representan, como son los legisladores, los tribunales de justicia y los otros instrumentos del poder público, reconstruye á su modo la conciencia del criminal, y sobre esta reconstrucción apoya luego las medidas que adopta é impone como más oportunas, á su entender (penas y demás).

Ahora, buscar en las vigentes leyes españolas y en la jurisprudencia establecida con motivo de su aplicación la idea que tienen formada de la psicología del delincuente y de la relación en que con ésta se halla su delito en cuanto hecho exterior; buscar, diríamos, la manera con que nuestro legislador y nuestros tribunales se representan el proceso interno del que muchos penalistas denominan *iter criminis* ó generación del delito, la «mitad interna» de la acción delictuosa, conforme se expresan no pocos psicólogos, moralistas y jurisconsultos, es, á mi modo de ver, empresa un tanto difícil. Si lo es, aun para el propio sujeto, ¿qué no ha de ocurrirles á los demás? La honda y real concepción no coincide con la aparente y declarada, ni es tan sencilla como esta última. Se trata más bien de una concepción latente, diseminada en muy distintas partes, y á veces en muy apartados y, al parecer, discordes artículos de ley; y la cual, por lo mismo, hay que reconstruir, recogiendo, aproximando y comparando tésis más ó menos claras y fragmentarias, esparcidas aquí y allá, hasta dar, si es posible, con la base viva y fundamental del espíritu. El legislador penal, como todo otro hombre, puede perfectísimamente figurarse y decir que piensa tal cosa y de tal determinada manera, y sin embargo resultar, por inferencias y señales fundadas en el estudio de las manifestaciones de su propio pensamiento, que

en realidad piensa otra cosa distinta y de distinta manera de la que él asegura; puede confesarse defensor y mantenedor de un sistema, y de hecho ser enemigo de él y profesar otro (1).

A primera vista, la idea que del delito, mirado por su lado interno, por el de la psicología de quien lo realiza, tiene el legislador español, respondiendo en esto al sentir común, lo mismo del vulgo que de los llamados doctos, es muy clara, muy sencilla y muy aceptable. Delito es toda acción (comprendiendo también la omisión) voluntaria. La acción animada por la voluntariedad es la única que puede ser delictuosa, y objeto, por lo mismo, de tratamiento penal: ya que es la única que el delincuente ejecuta como autor verdadero de ella, la que puede decirse suya, y, por ser suya, puede cargársele en su cuenta, que es decir imputársela, para pedirle á su hora cuentas de la misma, ó sea lo que se denomina responsabilidad. Donde la voluntad no intervenga, como causa originadora del acto, éste no se podrá tener por delictivo; y la delincuencia de él, por lo menos la atribuible ó imputable, estará en razón di-

---

(1) Lo mismo que puede haber diferencia entre la enfermedad que uno cree y dice padecer y la que padece, entre los resultados que se figura va á producir ó ha producido su conducta y los que en realidad produce. Se ve de nuevo aquí que el hombre se conoce á sí mismo muchísimo menos de lo que á veces pretende, siendo para su conciencia tan extraño como otra cosa cualquiera y teniendo que interpretar sus actividades y movimientos de toda índole *desde fuera y aparte*, considerándolos como una simple objetividad análoga á las restantes y quedando sujeto á los mismos posibles errores que cuando examina é interpreta los movimientos y fenómenos de aquellas cosas que tiene por indiscutiblemente exteriores á él. Y esto le pasa aún en el propio orden del pensamiento, que parece tan íntimo, tan inobjetivable, tan inamisible; de modo que, sin percatarse de ello, en vez de pensar él mismo, está en él pensando otro, y cuando persigue la exteriorización de un pensamiento que creía muy suyo y se halla en la persuasión firme de haberlo hecho así, á lo mejor le resulta que está sirviendo de órgano inconsciente (irreflexivo, fuera quizá mejor decir) al pensamiento ajeno, ó que ha desarrollado ó está desarrollando doctrinas, sistemas, teorías que ni por soñación trataba de desarrollar. Son muchos más de los que ellos creen los que, á su pesar, y á espaldas—podría decirse—de su propio pensamiento y su propia conciencia, piensan en racionalista, ó en cristiano, ó en anarquista, ó en absolutista... La conciencia, en nosotros, ¡qué horizonte tan reducido domina y qué poquísimo puede!

recta de la intervención que á dicha voluntad le haya cabido en su producción. Quien no obre voluntariamente no comete delito, ni es responsable; y la responsabilidad, en cuanto consecuencia del delito, hijo directo á su vez de la voluntad de su autor, está, por tanto, ligada indefectiblemente con la voluntad, raíz inspiradora de todo.

Esta construcción, tan armónica y bella, tan congruente, tan sólida al parecer, creerá el legislador que es aplicable y aplicada por él á todos los casos, y la que, de acuerdo con el sentir general de las gentes, le sirve constantemente de criterio para dar solución legal á todos los problemas. Pero es sumamente probable que se equivoque.

¿Qué es lo voluntario, según él? ¿Cuándo, por ser voluntaria una acción, podrá ser tenida como delictuosa, y consiguientemente imputada y constituída en base de responsabilidad penal? El legislador no se toma el trabajo de decirlo. Es necesario extraer de su propia obra las ideas que implícitamente la dominan; y esto no es labor fácil, porque las hay que aparecen como opuestas. De aquí, ciertas dudas y ciertos encontrados puntos de vista que hallamos á veces en los comentaristas de nuestra legislación penal y en otros escritores, y que, sin necesidad de leer á éstos, y sí sólo en presencia de las leyes mismas, podrían también ocurrírsele á cualquiera que las examinase con alguna atención, poniendo determinados preceptos legales al lado de otros, para inducir el espíritu, ya común ó ya diferente, que ha podido inspirarlos.

Lo voluntario no puede ser tal, al parecer, según las leyes penales españolas, que traducen la opinión general expuesta por filósofos, moralistas y jurisconsultos, si previamente no es consciente (1). La conciencia y la deliberación son, como ya se ha dicho, no tan sólo antecedentes necesarios de las resolu-

---

(1) «La voluntad *consciente* es elemento indispensable para la imputabilidad de las acciones ú omisiones penadas por la ley, y *faltando este requisito esencial no se delinque*», dice, entre otras, una sentencia del Tribunal Supremo, fecha de 8 de Marzo de 1886.

ciones voluntarias, sino precisamente las causas únicas que determinan la producción de éstas. ¿No hay, por lo tanto, voluntad, según el pensamiento del legislador español, ni posibilidad de delito, allí donde no intervenga la conciencia deliberada de producir un determinado efecto, que es lo que constituye el delito, mirado por su aspecto exterior, como acción objetivamente mala ó socialmente dañosa (1), y por eso mismo prohibida por la ley? ¿Cómo es, entonces que estima materia punible actos que se realizan inconscientemente, que no pueden en modo alguno ser atribuídos á una resolución deliberada: cual sucede con los que reciben legalmente el nombre de imprudencias, descuidos, negligencias, abandonos, etc. (2), en donde nadie admite la presencia del dolo, elemento, éste, que por lo regular se exige como indispensable y esencial para que el delito exista, por constituir precisamente su causalidad consciente, su fuerza espiritual inspiradora y directora? ¿O es que los hechos causados por imprudencia, descuido, inadvertencia, impericia, ligereza, indeliberada é impremeditadamente, son también voluntarios y quedan incluídos en la esfera de los hechos delictivos, según el concepto que de éstos da como típico el legislador español (art. 1.º del Código penal común), con ánimo quizá de que valiera para toda clase de leyes y para todos los casos, aun cuan-

---

(1) Donde, la maldad en sí vendría á equivalerse con lo contrario al bienestar, al interés, á la conveniencia y utilidad sociales; como el opuesto término, ó sea la bondad (moralidad ó justicia objetiva, que se dice otra veces), sería idéntico á utilidad, interés, bienestar, etc. Entre la bondad real, la moralidad y la justicia objetivas, de un lado, y la utilidad, el bienestar y la conveniencia sociales, de otro, no podría, pues, haber nunca, vistas las cosas de este modo, aquella hostilidad ó repugnancia á que á menudo oimos hacer alusión.

(2) Arts 19, regla 1.ª 366, 369, párrafo segundo, 371, 406, 581, 605, núm 3.º, y 619 del Código penal común, y otros de varias leyes que después se citarán. Alguna vez, el legislador llega á hablar de *descuido culpable*, lo que parece un contrasentido, pues si la culpabilidad presupone intencionalidad y finalidad consciente, en el descuido no puede haber culpabilidad. La frase, que el lector puede ver empleada (y precisamente como contrapuesta al hacer «voluntario», de manera que una y otra forma, la voluntaria y la por descuido, se

do ya veremos hasta qué punto ha sido respetado su propósito? Si así es, ¿cómo decir que lo voluntario no puede menos de ser consciente, previsto, intencional, y que donde la deliberación previa y la persecución consciente de un resultado concreto no existan es imposible hablar de voluntariedad, ni de delito, que necesariamente presupone la voluntariedad, como su causa psicológica?

La incertidumbre á que nos referimos se refleja bien en la doctrina del Tribunal Supremo, la cual, aun no teniendo en lo criminal fuerza de ley, como la tiene en lo civil, siempre se halla revestida de autoridad, y muy frecuentemente es alegada ante los juzgadores, y éstos la toman en consideración. Si bien, en efecto, dicho tribunal ha declarado con repetición abundantísima, y aun abrumadora puede decirse, que «no habiendo voluntad ni intención criminal en el hecho, *no existen los elementos constitutivos de todo acto punible*» (1); que «no habiendo intención ni ánimo de delinquir, *falta la base* del procedimiento» (2); que «siendo delito la acción voluntaria penada por la ley, es *indispensable* que haya en la acción misma *el grado de malicia necesario* para que tenga los caracteres de una completa criminalidad» (3); que «*en tanto son delitos ó faltas* las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley, *en cuanto se ejecutan con malicia, sin cuyo requisito esencial pierden el carácter criminoso* que de otra suerte revestirían» (4); que «*el elemento de la voluntad*, que, según el Código, ha de concurrir en las

---

excluyen) en el art. 3.º de la ley de 12 de Enero de 1887 para la protección de los cables submarinos, marca bien claramente la existencia aquí de un problema, tan difícil como ineludible. El nuevo reglamento de sanidad exterior, fecha 14 de Enero de 1909, también habla (en el art. 226) de *descuido imputable* al capitán de un barco; concepto al que se le pueden aplicar del mismo modo las observaciones anteriores.

(1) Sentencia de 10 de Marzo de 1882.

(2) Sentencias de 3 de Diciembre de 1870, 27 de Mayo de 1891 y otras.

(3) Sentencia de 18 de Febrero de 1876.

(4) Sentencia de 11 de Diciembre de 1889.

acciones y omisiones penadas por la ley como delitos ó faltas, *implica la malicia* ó intención de causar un mal ó daño, y *sin dicha malicia ó intención falta la condición interna y más esencial del delito»* (1); que «conforme con los dictados de la justicia y la razón, en que no puede menos de informarse la ley positiva penal, la *voluntad intencional y maliciosa es el alma de los hechos delictivos que aquélla prevé y castiga»* (2);—también es cierto que se ha visto obligado, como intérprete y aplicador de la ley, á establecer excepciones á esta regla, con otras diferentes sentencias, en que se afirma que *sin necesidad de malicia ó intención hay voluntad*. Véanse, por ejemplo, las siguientes: «El art. 581 del tít. XIV del nuevo Código declara penables los hechos cometidos por imprudencia temeraria; y en tal concepto, basta, para la imposición de la pena que dicha disposición prescribe, con que la acción ú omisión, causa originaria y eficiente del delito [es decir, la acción material, de la que surgen impensadamente consecuencias dañosas], sea voluntaria en el agente, *aun cuando no haya mediado por su parte ánimo deliberado ó intención de cometerlo»* (3); «el principio consignado en el art. 1.º del Código, según el cual, es delito toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley, *se halla esencialmente subordinado al que establece el art. 581 del mismo Código*, que haciendo *una distinción fundamental de la voluntariedad* de la acción cuando es maliciosa y cuando deja de serlo por imprudencia temeraria ó por mera negligencia con infracción de los reglamentos, *se separa en este último caso de las reglas y principios generales y castiga el acto temerario de una manera excepcional»* (4); «el principio legal establecido en el art. 1.º del Código penal *está esencialmente subordinado al otro principio establecido en el art. 581*, marcándose así *la diferencia esencial entre los actos voluntarios penados por la ley, ejecutados con malicia, y los realizados sin ella, pero con im*

(1) Sentencias de 3 de Julio de 1886 y 29 de Diciembre de 1892.
(2) Sentencia de 7 de Enero de 1901.
(3) Sentencia de 7 de Marzo de 1871.
(4) Sentencia de 25 de Setiembre de 1872.

prudencia» (1); «*si bien el art. 1.º del Código establece una base fundamental para la calificación de los delitos y faltas, esa misma base se halla esencialmente modificada por el art. 581,* de modo que *la disposición del primer artículo no excluye la del segundo»* (2); «en el hecho imprudente no se castiga la intención, porque si la hubiera propiamente hablando, desaparecería la imprudencia» (3); «el principio esencial de todo delito consiste en la malicia del agente *sin cuya condición no existe fundamento legal* para su responsabilidad con arreglo al art. 1.º del Código penal, *salvo el caso especial del daño en las personas ó en las cosas que se produce por imprudencia»* (4); «según la ley positiva, la voluntad intencional y maliciosa es el alma de los hechos delictivos, que aquélla prevé y castiga, *á diferencia de la imprudencia, para cuya penalidad basta que la acción productora del mal constitutivo del delito sea voluntaria, aun cuando no la acompañen la intención y la malicia»* (5); «el delito de imprudencia temeraria *excluye en absoluto la concurrencia del elemento de la voluntad* en el mal, daño ó atentado que se produce por consecuencia de un acto anterior y voluntario, que independientemente apreciado no es punible como delito» (6)

En pocas palabras: si para el legislador español el delito es acción ineludiblemente voluntaria, y voluntario es lo consciente y deliberadamente previsto y querido, en tal caso, la imprudencia (7) no es delito (8), á pesar de hallarse comprendida

(1) Sentencia de 2 de Junio de 1873.
(2) Sentencia de 10 de Marzo de 1874.
(3) Sentencia de 16 de Diciembre de 1882.
(4) Sentencias de 27 de Mayo de 1891 y 29 de Diciembre de 1892
(5) Sentencia de 7 de Enero de 1901.
(6) Sentencia de 10 de Mayo de 1886.
(7) Que «consiste en ejecutar un hecho sin malicia *sin propósito alguno de delinquir»* (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 1879), ó sea «en la *falta de previsión* y de la racional cautela que debe acompañar á todos los actos de que pueda resultar fácilmente un mal ó daños probables» (sentencias de 19 de Diciembre de 1883 y 16 de Marzo de 1905).
(8) El Tribunal Supremo parece que lo considera así alguna vez; pues contrapone el delito á la imprudencia, no obstante considerar que en ésta hay materia punible (sentencia de 12 de Julio de 1890).

en el Código penal y conminados con penas los respectivos agentes, á quienes se les exige responsabilidad por hechos que no le son imputables (1). O, al revés, si los actos imprudentes, que son tales precisamente por haberse realizado *impensadamente, sin quererlo*, entran en el número de los delitos, los delitos no son, á lo menos siempre, acciones voluntarias, conscientemente queridas y practicadas; y si la imprudencia pertenece á la esfera de lo voluntario, para que haya voluntad no se requiere, por lo menos siempre y de una manera imprescindible, la deliberación, la conciencia, la previsión, la finalidad directamente perseguida (2).

Nuestro legislador, pues, no parece tener una noción firme y clara de lo que sea el delito por su lado subjetivo ó interno, es decir, de la psicología ó estado de alma en que un hombre tiene que hallarse, ó por el que ha de pasar, para que él mismo pueda considerarse, ó los demás puedan tenerle por delincuente. El legislador no habrá acaso reparado en estas dificultades y habrá creído que sus palabras y conceptos sobre el particular quedaban perfectamente claros, inteligibles, definidos; por algo que después se dirá puede sospecharse que tal fué su creencia. Sin embargo, en vista de lo que se acaba de exponer, resulta que su pensamiento está muy lejos de ser congruente

(1) En tal caso, quizá sea un acierto del Jurado el de «dejar impunes los delitos de imprudencia temeraria»; fenómeno, éste, que han hecho notar los fiscales del Tribunal Supremo algunas veces. Véase, por ejemplo, la Memoria de apertura de los tribunales correspondiente al año 1902, p. 101.

(2) La dificultad no es sólo real, sino verdaderamente apremiante. Los escritores se han ocupado muy á menudo por eso de ella, buscándole una solución satisfactoria, que no han conseguido encontrar. Las teorías formuladas con el propósito de dar un fundamento á la imputabilidad de los hechos llamados culposos (ó ejecutados con mera culpa, no con dolo) son múltiples y no poco diversas. Esta misma multiplicidad y diversidad es ya de por sí bastante significativa, pues indica que el asunto no se presenta claro y que las bases que á la imputabilidad y la responsabilidad culposas asignan algunos no son, á los ojos de los demás, todo lo sólidas que fuera menester para sobre ellas edificar sin desconfianza alguna.

En otra parte (*Psicología criminal*) trataré de este problema con la debida extensión, que aquí no puedo darle.

y preciso, y que antes bien se halla rodeado de oscuridad y contradicciones, difícilmente resolubles. Le pasó, al cabo, lo que les ha pasado y les pasa á la gran mayoría de los escritores, quienes llaman delitos á los actos culposos (los provenientes de imprudencia, etc.), no obstante carecer de los requisitos que dicen ser indispensables para ello, y que como delitos quieren penarlos, á pesar de que carecen de la base por ellos mismos establecida para la punibilidad. Pues, empezando por definir el delito como acto *doloso* (intencionado, previsto, voluntario), y por declarar que el dolo es un *requisito esencial de todo delito*, sin el cual, por lo tanto, no puede darse éste nunca, ya que no habiendo dolo no hay alma delincuente, sujeto ó autor moral del hecho objetivamente malo ó dañoso (1), luego, al tropezar con hechos que, siendo objetivamente malos ó dañosos, sin embargo no han sido ejecutados con dolo, sino con mera *culpa* (imprevisión, falta involuntaria, falta de cuidado, de atención, de intención), no se atreven á declararlos impunibles é inimputables. Y son de ver entonces los esfuerzos de ingenio que hacen para encontrar el fundamento de una imputabilidad que empieza por declararse no la tiene, ya que no existe el dolo, donde se pone ese fundamento; y es igualmente curioso asistir al pujilato que se entabla entre ellos por echar mano á algún criterio de imputabilidad y penalidad que venga á sustituir al del dolo, que á pesar de ser el único que todos, al tratar de la teoría general de la imputabilidad y la pena, dicen ser el aceptable, por todos ellos también es abandonado cuando al hecho culposo se le quiere incluir entre los punibles, y á su ejecutor entre los autores morales y responsables de actos imputables.

La dificultad de saber si los hechos realizados con imprudencia son ó no son en España delitos como los demás, actos voluntarios, la han sentido, y tienen que sentirla, cuantos se han propuesto (ó se propongan) dar un concepto del delito le-

(1) Véase antes la p. 43 con su nota 2.

gal, que abarque igualmente hechos culposos y dolosos, ó dar explicación satisfactoria á la palabra «voluntaria» que el Código emplea al definirlo en su art. 1.º (1). Hay quien entiende—como D. Luis Silvela, por ejemplo, en su tratado de *Derecho penal*—que en el Código penal común de España se encuentran *dos* distintos conceptos del delito: uno, el del artículo 1.º, para los hechos dolosos ó propiamente voluntarios; otro, el del 581 (2), para los culposos ó no voluntarios: habiendo, por consiguiente, necesidad de completar cada uno de estos conceptos con el otro, para, con la fusión de entrambos, llegar á la formación de un concepto general y más amplio (3). Es, podría decirse, este sistema del vigente Código, el mismo, aunque en diferente forma, que adoptó el Código de 1822, el primero que tuvimos en España, cuando admitía dos clases de acciones punibles, diferentes por su esencia, á saber: el delito

---

(1) «Son delitos ó faltas—dice, como es sabido— las acciones y omisiones *voluntarias* penadas por la ley.»

(2) «El que *por imprudencia* temeraria ejecutare *un hecho* que *si mediare malicia* constituiría *un delito* grave ó menos grave será castigado.. »

(3) Tal es también, á lo que parece, la opinión del Tribunal Supremo. Véanse sobre todo las sentencias, ya citadas, de 25 de Setiembre de 1872, 2 de Junio de 1873, 10 de Marzo de 1874, 27 de Mayo de 1891, 29 de Diciembre de 1892, etc. El concepto legal más completo del delito es acaso el que da el Código allí donde no se lo propone, es á saber: en el art. 8.º, núm. 8.º (al que corresponde el artículo 10, núm. 8º. del Código penal de la Marina de Guerra). En efecto, si para eximir completamente de responsabilidad, y para que, por lo tanto, no exista ni sombra de delito siempre que se haya causado un mal á alguien (lo que indica que tampoco aquí están incluídos todos los hechos delictuosos, pues quedan fuera los que, sin haber producido mal efectivo, arguyen peligro meramente, los cuales, conforme se dice luego, son numerosísimos), es necesario que este mal se haya originado al prójimo «en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, y sin culpa ni intención de causarlo», parece cosa clara, *a sensu contrario*, que habrá delito legal entre nosotros cuando se cause un mal (delito objetivo, que dijimos; véase la p. 43 con su nota 2) ya en ocasión de ejecutar un acto en sí ilícito, ó ya mediante un acto lícito en sí, pero el cual haya traído consecuencias perjudiciales para alguien, por no haber puesto el autor del mismo la diligencia debida en su ejecución, ó por haberse ellas derivado de un hacer intencional ó de un hacer donde haya intervenido culpa.

y la culpa, que se caracterizaban, el primero, por haberse practicado «libre, voluntariamente y *con malicia*», y la segunda, por haberse ejecutado «libremente, pero *sin malicia*»; de manera que ambos eran hechos libres, y la malicia era la que los separaba. Algo así pudiera ser lo que quiere expresar el Código de 1870, entendiendo, por tanto, que así los hechos realizados con dolo como los realizados con culpa son voluntarios, pero mientras allí se trata de una voluntad maliciosa, aquí no. Y tendríamos, por consiguiente, que lo voluntario penal, en la legislación española, no es lo mismo que malicioso, ya que hay voluntario sin malicia (los hechos imprudentes, y los culposos en general); que lo voluntario penal tampoco se equivale, dentro de la misma, con lo consciente, deliberada é intencionalmente perseguido y realizado; que siendo para ella, al parecer, la malicia sinónima de dolo (á no ser así, los arts. 581 y 605, núm. 3.º, carecerían de explicación), y habiendo muchos hechos, singularmente los ejecutados por imprudencia, que sin ser dolosos, y hasta repugnándoles el dolo, son, sin embargo, considerados como punibles por el Código, no queda otro remedio sino declarar que, á los ojos del legislador español del Código de 1870, el delito no es necesariamente un acto deliberado, doloso, malicioso, intencional (1), y que la doctrina corriente, antes aludida, en que parecían estar fundadas sus concepciones relativas al delito, la imputabilidad, la responsabilidad y la pena, va á quedar abandonada, parcialmente á lo menos, pues en muchos casos no va á ser posible invocarla y aplicarla. Van á tenerse como delitos hechos realizados inadvertidamente, sin intención, sin dolo, sin malicia, y van los mismos á serle imputados, para el consiguiente efecto de la responsabilidad penal, á quien no ha sido autor moral de los mismos, y sí solamente causa física, supuesto que no se ha percatado de lo que hacía, ni previsto,

---

(1) Suponiendo por el momento idénticas estas varias cosas, aunque ya veremos que no lo son y en qué se diferencian.

querido y buscado deliberadamente los dañosos efectos producidos: que es como decir que ha movido sus miembros corporales sin conciencia de lo que hacía, o cuando menos sin aquel grado de conciencia superior, reflexiva y teleológica, que regularmente se considera como la determinante característica de las acciones verdaderamente humanas, y sin la presencia causadora de la cual no se quiere reconocer que éstas merezcan en realidad el nombre de tales, ó sea el de actos voluntarios.

No salvan, claro es, esta gran dificultad, como parece que lo creen ellos, sino que se enredan más en la misma, quienes explican la voz «voluntaria» de la definición legal del delito, excluyendo de ella, como contenido forzoso, el del dolo, la malicia, la conciencia, la intencionalidad. Apremiados por el problema de los hechos culposos, de los cuales creen que no pueden desinteresarse el derecho penal, y con el objeto de justificar al legislador, que los considera y castiga como delitos, han venido á decir que para ser voluntario un hecho, á tenor de la ley, y quedar incluído en el concepto que del delito da la misma, *no es necesario* que sea intencional, malicioso, doloso, aunque puede serlo. Con que un hombre, aun sin perseguirlo ni proponérselo, realice, sin coacción alguna, ya física (violencia), ya psíquica (miedo), un hecho prohibido y considerado punible por la ley, basta para que el delito exista, tanto á los ojos de ésta como en el terreno doctrinal, que á la misma sirve de soporte. Con la voluntad en general (ausencia de ligaduras externas) es suficiente; la voluntad consciente, deliberada, intencional, maliciosa, dolosa, no se requiere para nada. Si interviene, bien; pero si no interviene, es lo mismo; no por eso deja el delito de existir. Esta es la posición que entre nosotros ha adoptado un número bastante considerable de escritores (1), al explicar el espíritu de nuestro Código penal

(1) «De algún tiempo á esta parte tan sólo», convendría añadir. Pues los más antiguos—los comentaristas de los Códigos de 1848 y 1850, v. g.—se las arreglaban de otra manera para salir del compromiso. He aquí, como ejemplo, lo que uno de ellos dice á este

común cuando define el delito; hallándose en dicho grupo, no sólo comentaristas profesionales, que diríamos, autores de comentarios exegéticos, como los Sres. Groizard y Viada, sino también otros varios que han hecho suyo el mismo punto de vista de éstos, en libros, folletos, memorias y artículos, de manera más ó menos incidental. Pero menester es advertir que las explicaciones dadas por estos tales para fundamentar su resolución no son ni hondas, ni tampoco satisfactorias. Su mayor argumento parece ser uno *a consequentiis*, consistente en poner de manifiesto los resultados que traería la adopción del criterio contrario, y que son, entre otros á los cuales se aludirá después, los de tener que dejar impunes los hechos culposos: con lo que se convierte en arma de razonamiento precisamente la tesis que quiere ser demostrada. La entraña del problema, que exige saber dónde está la esencia de lo voluntario, requisito indispensable del delito, según el legislador español, de conformidad con la doctrina ordinariamente aceptada y repetida por todo el mundo, la dejan intacta ó poco menos.

Siempre que uno se coloque en la mentada disposición de espíritu, ha de tropezar con obstáculos insuperables para salir del compromiso en que se ve metido. O la culpa no da origen

---

propósito; el lector advertirá lo indeciso de las afirmaciones y la no muy clara compatibilidad de unas con otras: «*No hay voluntad de delinquir* cuando se comete la acción sin malicia, dolo o intención de causar daño. Pero *no debe considerarse como contraria á la existencia de esta voluntad* la imprudencia temeraria, la negligencia ó la irreflexión que produce la falta, cuando por consecuencia de la misma se causa daño á alguna persona [con lo que se excluye la posibilidad de los delitos de esta clase no habiéndose producido daño, v. g., la tentativa y la frustración]. Tales actos, *aunque están exentos de dolo*, como han sido ocasionados por negligencia en reflexionar sobre los efectos perjudiciales que pueden producir, llevan consigo *cierta malicia, cierta voluntad*, aunque irreflexiva [¿ndeliberada? ¿inconsciente?] de causar ó de no evitar el daño, que se califica de imprudencia temeraria, de negligencia ó de falta.» (Vicente y Caravantes, *Código penal reformado*, Madrid, 1851, comentario á la voz «voluntaria» de la definición que del delito da el Código penal en su art. 1.º, páginas 8 y 9).

al delito jamás, necesitándose en todo caso la presencia del dolo; ó la voluntad, en cuanto tal, es decir, la conciencia previa del fin logrado, cae fuera del riguroso contenido del delito. En semejante disyuntiva, los legisladores nuestros han optado algunas veces por el primero de estos extremos, y otras veces han creído prudente callarse, eludiendo así dar solución á una pregunta que no puede quedarse sin ella. Así, v. g., el Código penal de la Marina de guerra, de 1888, dice en su art. 1.º que «son delitos ó faltas las acciones ú omisiones [no ya *voluntarias*, conforme lo requiere el Código penal común, sino] penadas por la ley y ejecutadas *con malicia*», recogiendo en parte la tradición del Código de 1822, sancionada también por algunos proyectos de reforma del Código penal común vigente (v. g., los de 1884 y 1902, obra, respectivamente, de los Ministros de Gracia y Justicia D. Francisco Silvela y D. Juan Montilla) y adoptada por ciertos tratadistas de bastante reputación (como D. Luis Sivela, á cuyo pensamiento responden, primero, el proyecto firmado por su hermano, y luego el del Sr. Montilla); aunque conviene advertir que todos ellos caen en la inconsecuencia de *no tener por delito ni falta* las acciones ejecutadas sin malicia, y, sin embargo, considerar como *incursos en responsabilidad criminal* (sin que se vea el fundamento de ello) á los que, *por imprudencia ó negligencia,* dieren origen á un mal que, *si mediare malicia*, constituiría delito ó falta. Con lo que la situación de las cosas queda lo mismo que en el Código vigente y en la doctrina á que él responde, sin más que cambiando algo las palabras. Hasta quedamos peor, en fin de cuentas; pues en el Código vigente, aun cuando con la incongruencia que hemos hecho notar, á los actos ejecutados con culpa ó imprudencia se les considera verdaderos delitos, y por serlo se declara responsables á sus autores, mientras que los innovadores penan esos actos, después de declarar que *no son delitos ni faltas* por carecer de malicia, requisito *sine qua non* para ello.

En el Código de justicia militar se sigue otro procedi-

miento, que parece más expedito y menos comprometido, aunque bien mirado no lo es, por cuanto las dificultades no desaparecen nunca en realidad porque uno las eluda. Consiste en no usar ninguna de las dos palabras «voluntaria» y «malicia», ni otra alguna que, como ellas, ofrezca dudas, limitándose á definir los «delitos ó faltas militares» simplemente como «acciones y omisiones penadas en esta ley» (art. 171). De modo que, voluntarias ó no, dolosas ó no, constituirán delitos; es decir, que se imputarán para los efectos de exigir responsabilidad, con sólo que las declare la ley punibles (1). Pues si esto se juzgara imposible—por lo violento y desacertado que sería imponer pena por actos no imputables, desde el momento en que no habían sido practicados con voluntad ó con malicia—, resultaría que con el silencio no habíamos adelantado nada, supuesto que, aun omitidas las palabras en cuestión, habría que considerarlas implícita ó virtualmente presentes en la definición de los delitos ó faltas militares, para no incurrir en la injusticia y la equivocación de hacer responsables á personas que no debieran serlo, por no haber sido dueños y autores de su obrar positivo ó negativo. Y lo que del Código de justicia militar decimos puede aplicarse igualmente al penal de la Marina de guerra, por cuanto en el mismo artículo donde al defi-

(1) Este es el sistema á que algunos acuden para diferenciar los delitos de las faltas. En Francia y en Italia predomina bastante. Según él, si para que el delito exista se requiere inexcusablemente la presencia del elemento interno, es decir, del dolo, la malicia, la intención, la conciencia, la voluntad delictuosa (de lo que quiera que sea), y los tribunales no pueden condenar sin cerciorarse previamente de que tal elemento ha intervenido animando el acto externo, en cambio, para la comisión de la falta, el elemento interno es indiferente, bastando con que se haya ejecutado materialmente el hecho exterior, en sí mismo punible. A los ojos de un tribunal, por tanto, no se es autor de un delito, ni hay términos hábiles para imputar un hecho, sino cuando resulte demostrado que un hombre, causa física del mismo, ha sido también causa moral; mientras que sí es responsable de una falta imputable quien la haya producido físicamente, sin necesidad de saber si con causalidad moral ó sin ella, con conciencia deliberada y con voluntad, ó sin ella. ¿Será ésta la posición adoptada por el legislador de nuestro Código de justicia militar?

nir los delitos ó faltas exige, para que puedan ser considerados como tales, que hayan sido ejecutados con malicia, añade después, en el párrafo tercero: «Son, *sin embargo*, punibles los actos ú omisiones determinadamente penados (1) en este Código, *aunque* por su naturaleza especial *no pueda suponerse que concurra en ellos malicia* de parte del agente». ¿Cuál es la razón de esto, es decir, la de la punibilidad de estos actos no maliciosos y, por consiguiente, *no* delictuosos? El legislador no lo dice, y nos quedamos con relación á él como antes nos quedábamos frente á los tratadistas y proyectos de nuevo código penal que se comportan de manera análoga.

Siendo muchas las leyes que, sin decir lo que entienden por delito en general, se contentan con describir los actos exteriores constitutivos de éstos, no haciendo la menor declaración acerca del elemento interno, ni exigiendo concretamente requisito alguno de voluntariedad, dolo, malicia, intención, etcétera, es aplicable á ellas lo que tocante al concepto del delito, según el Código de justicia militar y el párrafo 3.º, art. 1.º del penal de la Marina de guerra, queda observado. Para que, á tenor de las aludidas leyes (por ejemplo, la de explosivos, de 1894, la electoral, la de orden público, etc.) exista delito, ¿basta con que hayan tenido lugar los daños ó elementos exteriores, cualquiera que haya sido el estado interno del agente con el que ellos están enlazados, ó se presupone y requiere indispensablemente una situación interna determinada, productora de aquellos efectos? ¿Qué situación, en este último caso, ha de ser ella, y cuándo, por lo mismo, han de poder condenar los jueces, acomodando la pena á tal criterio? ¿Será bastante la culpa, ó habrá necesidad del dolo, de la intención, de la malicia?

---

(1) Es *punible*, pues, lo que está *penado*. Bien observaba Franck, al tratar de esta misma cuestión del concepto del delito por su propia naturaleza: «el opio hace dormir porque tiene una virtud dormitiva»—esto vienen á decir los que caracterizan el delito—lo punible—por hallarse penado.

VI

¿TIENE LO VOLUNTARIO QUE SER INTENCIONAL?

La noción precisa que de la voluntad tuviera el legislador de nuestro vigente Código penal común, modelo y guía de todos los otros códigos y leyes penales especiales de España, podríamos inferirla, para saber cuándo han de ser delictuosos los actos por razón de la psicología del agente, ó elemento interno (como también se dice á menudo), según la definición del delito establecida en el art. 1.º de aquél, examinando el sentido que el mismo legislador le atribuyera en otros pasajes del propio Código donde hiciera uso de tal voz. Pero el caso es que, después de registrar con cuidado todos sus artículos, apenas si se tropieza alguno en el que aparezca nuevamente la palabra voluntad (1), ó cualquiera de sus formas y aplicaciones,

(1) La cual, en cambio, se encuentra con bastante frecuencia, y aun á veces profusamente, en muchos de los tratados de extradición celebrados entre España y otras potencias. Pueden verse, entre otros, los convenidos con Austria (fecha 17 Abril de 1861) art. 2.º, número 3.º; con Portugal (25 Junio de 1867 y 27 Mayo de 1868) artículo 3.º, núms. 1.º y 5.º; con Italia (3 Junio de 1868), art. 2.º, números 2.º y 6.º; con Bélgica (17 Junio de 1870), art. 2.º, núm. 2.º; con Francia (14 Diciembre de 1877), art. 2.º, núms. 4.º, 6.º y 24; con Alemania (2 Mayo de 1878), art. 1.º, núms. 2.º, 6.º, 15, 28, 31, *a*), *b*), 32 y 33; con la República Argentina (7 Mayo de 1881), art. 2.º, números 6.º, 11, 12 y 13; con Rusia (12-24 Abril de 1888), art. 2.º, núms. 1.º, *a*), *d*), 6.º, 9.º y 10; con Dinamarca (12 Octubre de 1889), artículo 1.º, núms. 2.º, 6.º, 13, 21, 25, 28, 29 y 30; con Guatemala (7 Noviembre de 1895), art. 2.º, núm. 20, párrafo segundo; con el Perú (23 Julio de 1898), art. 2.º, núm. 16, párrafo segundo; con los Estados Unidos (15 Junio de 1904), art. 2.º, núms. 1.º y 6.º; con Cuba (26 Octubre de 1905), art. 2.º, núms. 1.º y 17, párrafo segundo, etc. De advertir es que en algunos tratados, como los celebrados con Inglaterra (4 Junio de 1878) y con los Países Bajos (29 Octubre de 1894), se esquiva el empleo de los términos «voluntario», «voluntariamente», no haciendo uso nunca de ellos, y se ponen en lugar suyo los de «intención», «intencionadamente», y otros análogos (que también se encuentran á menudo en los otros tratados que se sirven de la voz «voluntad»): de donde parece resultar claramente que lo voluntario y lo intencional se equivalen en tales casos y, por consecuencia, que los actos realizados sin intención (v. g., los culposos) *no son voluntarios*, ni en lo tanto delitos, se-

ya como adjetivo ó ya como adverbio. Parece que el legislador, luego de lanzarla como origen de dudas y discordias al comenzar su trabajo, ha puesto todo su interés en no volver á emplearla más nunca. Usa, sí, con frecuencia mayor ó menor, á veces con muchísima frecuencia, otras varias palabras que parece sustituyen á la de voluntad, y que ya veremos si se pueden ó no tomar como equivalentes de ella. Tal sucede con las siguientes: «deliberadamente» (1), «con conocimiento de» (2), ó «constándole» al sujeto tal cosa (3), «á sabiendas» (4), «sabiendo» (5), «deslealmente» (6), «con alevosía» (7), «con preme-

---

gún las partes contratantes, una de las cuales es el legislador español. Se encuentra asimismo la palabra de referencia, ya en cuanto sustantivo ó ya como adjetivo ó adverbio, además de en los lugares ya citados, en el art. 292 del Código de justicia militar; en los artículos 4.º, párrafos segundo y tercero, 123, núm. 4.º, y 282 del Código penal de la Marina de guerra, y en el art. 202, núm. 70, de la Instrucción de sanidad, de 12 de Enero de 1904.

(1) Ejemplos. art. 10, circunstancia 6.ª, y art. 418, circunstancia 5.ª del Código ordinario.

(2) Art. 313, párrafo segundo, del mismo.

(3) Arts. 285, 301, 310, 592, núm. 2.º, del mismo.

(4) Arts. 284, 285, párrafo segundo, 287 y 288, párrafo segundo del mismo, 294, párrafo segundo, 309, 312, 316, 319, 325; párrafo segundo, 334, 361 y siguientes, 393 y 432 del mismo. En las leyes especiales se usa también con frecuencia esta expresión: v. g., en la ley de contrabando y defraudación, de 3 de Setiembre de 1904, artículo 3.º, núm. 1.º; en la de propiedad industrial, de 16 de Mayo de 1902, arts. 132 y 134, párrafo último; en la del timbre del Estado, de 1.º de Enero de 1906, art. 231; en la ley electoral de 8 de Agosto de 1907, art. 69, núm. 4.º; en la ley de emigración de 21 de Diciembre de 1907, art. 53; en el reglamento de emigración de 30 de Abril de 1908, art. 180; en el Código de justicia militar, arts. 223, número 3.º, 299, núm. 2.º, 303 y 305; en el Código de la Marina de guerra, arts. 123, núm. 3.º, 291, 294, 312, 313 y 325; en el tratado de extradición con Cuba, art. 2.º, núm. 13; en el con Alemania, artículo 1.º, núms. 23, 25 y 26; en el con Dinamarca, art. 1.º, núm. 23.

(5) Arts. 300, 304, 306, 313, 418, párrafo segundo, 530, núm. 2.º, 550, párrafo segundo, y 562 del Código común; 303 del de la Marina de guerra; 231 de la ley del timbre del Estado; 2.º, núm. 18, del tratado de extradición con los Estados Unidos; 1.º, núm. 12, del con los Países Bajos, etc.

(6) Art. 439, párrafo segundo, del Código común. Ciertas leyes especiales usan alguna vez el adverbio «indebidamente»; como el artículo 325 del Código de la Marina de guerra; el 229 del reglamento de sanidad exterior, etc.

(7) Arts. 10, circunstancia 2.ª; 418, circunstancia 1.ª; 445, 447,

ditación» (1), «con intención» (2), «con ánimo» (3), «con ó de propósito» (4), «fin», «objeto», «mira», «destino», «tender á», «obrar para» y otras equivalentes (5), que aluden á los mó-

---

número 2.°, del Código común; 15, circunstancia 1.ª, del de la Marina de guerra.

(1) Arts. 10, circunstancia 7.ª; 418, circunstancia 4.ª, y 445 del Código común; 15, circunstancia 5.ª, del de la Marina de guerra.

(2) Arts. 8.°, núm. 8.°; 9.°, circunstancia 3.ª; 316, 317, párrafo segundo, 319, 433, párrafo segundo, 530, núm. 2.°, y 619 del Código común; 224, núm. 1.°, de Código de Justicia militar; 10, núm. 8.°; 13, circunstancia 3.ª, y 118, párrafos primero y segundo, del de la Marina de guerra. Véase también la ley electoral de 8 de Agosto de 1907, arts. 63, párrafo segundo, y 62; la ley de 12 de Enero de 1887 sobre cables submarinos, art. 7.°; el real decreto de 8 de Mayo de 1884 sobre montes, art. 14; el reglamento de 8 de Setiembre de 1878 sobre policía de ferrocarriles, art. 10; el art. 60 del reglamento de 29 de Abril de 1902 para el cobro de la contribución sobre utilidades; el artículo 1.°, núms. 4.°, 12, 13, 16, 17, 19 y 21, del tratado de extradición con los Países Bajos; el art. 2.°, núm. 12, del tratado con la República Argentina; el art. 1.°, núms. 15, 23 y 24, del con Alemania; el art. 2.°, núm. 2.°, del con Bélgica; el art. 1.°, núms. 13 y 20, del con Dinamarca; el art. 2.°, núms. 4.°, 6.°, 38, etc., del con Francia; el art. 2.°, núms. 11, 19, 21, *b*) *d*), del con Inglaterra; el artículo 2.°, núm. 13, del con el Perú; el art. 2.°, núms. 7.°, 8 y 9.°, del con los Estados Unidos; el art. 2.°, núm. 13, del con Cuba; el artículo 2.°, núms. 1.° y 6, del con Guatemala.

(3) Arts. 318, 432, 483, párrafo segundo; 515, 530, núm. 1.°, 548, párrafo último, del Código común. A los que cabe añadir los artículos 298 y 303 del de la Marina de guerra: el 1.°, párrafo cuarto, y el 4.°, párrafo segundo, del real decreto de 1884 sobre montes; el 231 del reglamento de sanidad exterior; el 2.°, núm. 5.°, del tratado de extradición con Rusia.

(4) Arts. 1.°, párrafo tercero; 10, circunstancia 4.ª; 65, 151, párrafo último; 330, 331, 425, 426, 429, 430, 439 y 447, núm. 1.°; 4.9, número 2.° (reformado por la ley de 21 de Julio de 1904, llamada de la *trata de blancas*); 507, núm. 1.°; 5.6, núm. 2.°; 574, 612 (reformado por la ley de 3 de Enero de 1907), del Código común. Véase también la ley de contrabando y defraudación, arts. 3.°, núm. 6.°; 9.°, núm. 6.°, y 18, circunstancias 3.ª y 5.ª; la ley de reclutamiento del ejército, art. 189, y la de reclutamiento de la armada, art. 82; el reglamento de Sanidad exterior, art. 248, párrafo tercero; los arts. 213, párrafo segundo, y 223, párrafo 6.°, del Código de justicia militar; los arts. 13, circunstancia 6.ª; 15, circunstancia 3.ª; 89, 117, número 5.°; 232 y 239, núm. 1.°, del Código de la Marina de guerra; el art. 207, párrafo segundo, de la Instrucción de sanidad de 1904; el art. 2.°, núms. 7.°, C, y 8.° del tratado de extradición con los Estados Unidos, y el art. 1.°, núm. 9.°, del tratado con Alemania.

(5) Arts. 90, 136, 138, núms. 3.° y 4.°; 150, 170, 171, 181, 189,

viles (1), ó á la razón ó motivo de la acción (2), distinto de

---

número 4.º; 198, 240, núm. 4.º; 243, 250, sobre todo en los núms. 4.º y 5.º; 272, 288, párrafo segundo; 304, 312, 323, 326, 328, 351, 387, párrafo segundo; 398, 411, 421, 424, 427, párrafo segundo; 436, 437, 447, número 1.º; 459, núms. 2.º y 3.º (reformado por la ley de 21 de Julio de 1904); 460, 463, párrafo segundo; 495, párrafo tercero; 512, 520, 556, 557, 576, núm. 1.º; 592, núm. 3.º; 593, núm. 1.º, del Codigo penal común; 222, núm. 2.º; 228, núm. 1.º; 245, 250, 299, núm. 2.º, párrafo segundo, y 325, párrafo segundo, del Codigo de justicia militar; 116, núm. 2.º; 118, párrafo tercero; 123, núms 1.º y 5.º; 137 y 202, párrafo segundo, del de la Marina de guerra; 1.º de la ley de 8 de Enero de 1877 sobre secuestro de personas con objeto de robo; 132 y 134, párrafo primero, de la ley de propiedad industrial; 2.º, núm. 22, del tratado de extradición con Rusia; 1.º, número 16, del tratado con los Países Bajos; 2.º, número 31, del con Francia; 1.º, núms. 25 y 31, *c*), del con Alemania; 1.º, números 20, 21, 22 y 27, del con Dinamarca; 2.º, núm. 16, del con los Estados Unidos. Véase también la ley de explosivos de 1894, art. 2.º; la ley de caza de 16 de Mayo de 1902, art. 50; la ley de contrabando y defraudación, art. 8.º, núm. 2.º, y art. 9.º, núms. 1.º, 2.º y 4.º; la ley de cables submarinos, art. 3.º, párrafo segundo; la ley de reclutamiento del ejército, artículos 189, 190, 195, 196, párrafo segundo, y 198; la ley electoral, art. 65, núm. 9.º, y art. 67; la de reclutamiento de la armada, de 17 de Agosto de 1885, arts. 82 y siguientes; y otras.

(2) Los cuales se hallan reconocidos y admitidos, con unas ú otras palabras, y bajo una ú otra forma, en multitud de artículos: 8.º, núms. 6.º y 7.º; 9.º, circunstancias 5.ª y 7.ª; 10, circunstancia 3.ª; 250, núms. 4.º y 5.º; 272, 288, párrafo segundo; 316, 317, párrafo segundo; 318, 319, 323, 331, 337, 387, párrafo segundo; 396 y siguientes; 418, circunstancia 2.ª, 424, 427, párrafo segundo; 437, párrafo segundo; 447, núm. 1.º; 456 (reformado por la ley de 21 de Julio de 1904), núm. 2.º; 471, 495, párrafo tercero; 505, 512, 520, 548, párrafo último; 556, 557, 574, 576, núm. 1.º; 584, núms. 2.º, 3.º y 5.º; 592, núm. 3.º; 593, núm. 1.º; 605 (reformado por la ley de 3 de Enero de 1907), núm. 3.º, del Codigo común; 294 y 301, núm. 2.º, del Código de justicia militar; 10, núms. 6.º, 7.º y 11; 13, circunstancias 6.ª y 7.ª; 15, circunstancia 2.ª; 146, núm. 1.º; 250 y 252 del de la Marina de guerra; 3.º de la ley de 23 de Julio de 1903 sobre la mendicidad y vagancia de los menores; 3.º, párrafo segundo, de la ley de 12 de Enero de 1887 sobre cables submarinos, etc.

(3) Arts. 441, 442, 459 (reformado por la ley de 21 de Julio de 1904), núm. 3.º, del Codigo común; 231, núm. 1.º, del Código de justicia militar, y 126, 150, párrafo 1.º, 153, párrafo primero, y 299, número 1.º, del de la Marina de guerra. Véase también la ley electoral, arts. 69, núm. 8.º (que habla de «motivo racional») y 70; la de reclutamiento del ejército, artículo 200; la de 23 de Julio de 1903 sobre los contratos de préstamos usurarios, artículos 1.º y 10.

móvil de la misma; «culpa» (1), «fraude» (2), «dolo» (3),

---

(1) Art. 8.º, núm. 8.º (donde parece que la culpa y la intención se consideran distintas, quizá haciendo aquélla equivalente á imprudencia ó negligencia y oponiéndola á la intención—la *culpa*, opuesta como término antitético del *dolus*—, según lo hace el artículo 619); art. 19, regla 1.ª (aquí, al revés, la culpa parece cosa diversa de la negligencia y equivalente quizá á intención ó á voluntad directamente intencionada); arts. 226, 368, párrafo segundo; 488, párrafo segundo, y 538: todos ellos del Código común. Se halla también la misma palabra ú otras equivalentes («culpabilidad», «inculpabilidad») en la ley de orden público, de 23 de Abril de 1870, artículos 22, párrafo segundo, y 30; en la real orden de 11 de Agosto de 1906 sobre la persecución de los delitos contra la salud pública; en la ley de reuniones, de 15 de Junio de 1880, art. 5.º, párrafo último; etc. La voz «culpable», y también la de «culpado» (por ejemplo, en el art. 152 del Cód. pen.), aparece muchas veces en las leyes, tanto en el Código común (v. g., artículos 3.º, 10, circunstancias 11.ª y 17.ª; 65, 84, 272, párrafo segundo; 281, 288, párrafo segundo; 290, 346, párrafo segundo; 362, párrafo segundo; 418, párrafo segundo; 463, párrafo cuarto; 482, párrafo tercero; 495, párrafo 3.º; 501, párrafo segundo; 507, núm. 1.º; 527, 549, 571, 573, etc.), como en las leyes especiales (ejemplos: en el párrafo último, art. 3.º de la ley de explosivos; en los arts. 4.º y 6.º del Código de la Marina de guerra; en los arts. 17, circunstancia 4.ª, 27, número 1.º, 33, 34, núm. 1.º, y 53 de la ley sobre contrabando y defraudación; en el art. 74 de la ley electoral en los arts. 191, párrafo segundo, y 194 de la ley de reclutamiento y reemplazo del ejército...), significando meramente agente (voz empleada también por el Código penal alguna vez: art. 3.º, párrafo segundo) ó sujeto activo del delito, esto es, «ofensor» (artí 463, párrafo último).

(2) Arts. 10, circunstancia 8.ª; 520, 537 y sigs.; 547 y sigs. del Código común. Esta palabra se encuentra á menudo en otras leyes ó disposiciones, v. g., de índole fiscal, administrativa ó civil, produciendo las acciones en que interviene distintos efectos que aquellas otras en que no hace su aparición. Véase por ejemplo la ley electoral, art. 65, núm. 3.º; la ley de reclutamiento del ejército, artículos 194 y 198; el Codigo civil, arts. 403, 613, 673, 674, 656, número 6.º, etc.

(3) Art. 491 del Código común. En el Código penal, sólo en este artículo se habla del dolo, palabra de la que, sin embargo, tanto uso se suele hacer cuando del delito se trata, considerándolo como requisito esencial del mismo, aunque luego resulta no ser verdad esto, conforme lo hemos visto poco hace al tratar de la imprudencia punible. En el Código civil, en cambio, la voz «dolo» juega mucho, generalmente como opuesta á la culpa ó negligencia; y en tal caso, podría quizás equivaler á intención mala, deseo de dañar, malicia, etc., aunque también á fraude ó engaño (así resulta ser el dolo, según lo define el art. 1269), de los cuales, no obstante, se distingue otras veces (como en los arts. 673 y 674, donde se enumeran como tres diferentes cosas el dolo, el fraude y la violencia. Cf. los

«buena y mala fe» (1), «malicia» (2) y algunas otras (3). Pero en cuanto á la de voluntad, fuera del art. 1.º, donde entra para definir el delito, yo no la he encontrado empleada en todo el Código, en el sentido de causalidad moral de los actos por él castigados, sino una sola vez (4), adverbialmente, en el párrafo

---

artículos 1033, 1101 a 1104, 1107, párrafo segundo, y 1726 del mismo Código civil; el art. 17 de la ley de 30 de Enero de 1900 sobre accidentes del trabajo; el 134 de la ley sobre propiedad industrial; el 221 del reglamento de sanidad exterior; la regla 3.ª de la circular del fiscal del Tribunal Supremo, fecha 20 de Mayo de 1901, relativa á los delitos de falsificación ó usurpación de marcas industriales y de comercio; etc.

(1) Art. 495. Tampoco son frecuentes estas calificaciones en las leyes penales, mientras que sí lo son en las leyes civiles (ejemplo, en el Código civil, arts. 69, 70, 360 y sigs., 375, 379, 382, 383, 433 y sigs., 442, 451 y sigs., 464, párrafo segundo, 1107, 1164, 1253, 1298, 1417, párrafo segundo, 1473, 1476, 1488, párrafo segundo, 15[illegible]9, 1530, 1706, 1896, 1940, 1950, 1951).

(2) Arts. 2.º, párrafo segundo; 363, párrafo segundo; 370, 371, 572, 581, 584, núms. 2.º, 3.º y 5.º; 605, núm. 3.º También se sirven del término «malicia» otras leyes, y entre ellas, el Código de justicia militar, arts. 223 núms. 4.º y 6.º; 234 y 306; el penal de la Marina de guerra, arts, 1.º, 10, número 3.º, párrafo segundo, y núm. 12, párrafo segundo; 117, núms. 3.º y 4.º; 118, párrafo tercero, y 159; la ley de contrabando y defraudación, artículo 17, circunstancia 4.ª; la ley de 1887 sobre cables submarinos, art. 7.º; la ley electoral de 8 de Agosto de 1907, art. 69, núm. 8.º, y art. 72; la ley de 19 de Mayo de 1908 sobre tribunales industriales, art. 27, párrafo segundo; el reglamento de sanidad exterior, art. 223, núm. 1.º; el reglamento de 15 de Junio de 1901 sobre instalaciones eléctricas, art. 39; la real orden de 29 de Enero de 1901 sobre cumplimiento de la ley de 17 del mismo mes y año sobre abono del tiempo de prisión preventiva, párrafo sétimo. También el Código civil se sirve algunas veces, no muchas, del término «malicia», como en los arts. 241, 705, etc.

(3) Como las de «imprudencia», «negligencia» «descuido» «abandono», «ignorancia», etc.: arts. 19, regla 1.ª; 366, 371, 581, 605, número 3.º; 611—reformado por la ley de 3 de Enero de 1907—y 619 del Código común. Véase también el art. 3.º de la ley sobre cables submarinos; la ley de ferrocarriles de 23 de Noviembre de 1877, artículo 21; el reglamento de ferrocarriles de 1878, ya citado, art. 10; el reglamento de Sanidad exterior, igualmente citado, art. 2[illegible]6; el real decreto de 1881, sobre montes, también citado, art. 14; la ley de accidentes del trabajo, igualmente citada, art. 17; el art. 39 del reglamento de instalaciones eléctricas, y la real orden citada sobre prisión preventiva. En el Código civil se encuentran muchas veces tales palabras: arts. 705, 1089, 1093, 1101, 1103, 1104, 1902 y sigs., etcétera.

(4) En el art. 3.º, párrafo último, también se usa el adjetivo «voluntario»; pero no se refiere al delito, sino al desistimiento en la

segundo del art. 383 (1); y por cierto, aplicada, no á una acción positiva, sino más bien á una abstención ú omisión. Si, por el uso en este caso de la voz «voluntariedad», hemos de inferir el significado en que nuestro legislador la toma, parece que la hemos de hacer equivalente á intervención consciente y deliberada: pues, aunque la culpa en las omisiones no sea quizás absolutamente imposible, tiene que ser de gran dificultad el apreciarla, confundiéndose con la total carencia de determinación voluntaria. Quien por descuido ú olvido no acude al desem-

---

tentativa. Por cierto, que el significado de la palabra en este caso, si difícilmente puede considerarse que envuelve la malicia, dolo ó mala intención, que caracteriza á algunos delitos, ó á todos, según la idea que de ellos se tenga, menos todavía parece que ha de implicar la imprudencia. Un desistimiento por descuido ó negligencia no se concibe muy bien como posible, creo yo. Iguales consideraciones son aplicables á la revocación «voluntaria» de la pena pecuniaria arbitrariamente impuesta, que hallamos mencionada en el art. 206, número 3.° También el art. 205, párrafo segundo, y el mismo 206, número 2.°, usan el término «voluntad»; pero no en el sentido de causa del delito, sino más bien en el de desistimiento ó abstención, donde, como antes, no parece que cabe la negligencia, imprudencia, descuido, etc. En el art. 13, circunstancia 6.ª, del Código de la Marina de guerra se emplea la palabra «voluntad» en una acepción importante, bien distinta de aquélla en que la usa el art. 1.° del Código común. En dicho art. 13, «voluntad» vale tanto como autodominio ó *self-control*, cuyo término opuesto será la locura volitiva (la obsesión, etc.). El texto del artículo referido habla, en efecto, de algún «estado excepcional morboso que disminuya en el agente *el imperio de la voluntad*».

Conviene advertir que el Código (ni tampoco las demás leyes penales) no emplea jamás las palabras «libertad», «libertad moral», «libre albedrío», etc., que representan la que se suele decir «verdadera causa íntima» de los actos imputables, y por imputables punibles. Alguna rara vez aparecen en las sentencias del Tribunal Supremo, como en la de 9 de Junio de 1893, que habla de «voluntad libre».

(1) «El jurado que *voluntariamente* dejare de desempeñar su cargo sin causa admitida, y el perito y el testigo que dejaren también *voluntariamente* de comparecer ante un tribunal...» Puede esta voz encontrarse también alguna vez en las leyes especiales, como en la electoral, arts. 65, núm. 7.°, y 67; en la de ferrocarriles, artículo 16; en la de contrabando y defraudación, art. 2.°; en la de reclutamiento de la armada, art. 85; en la de protección á los cables submarinos, art. 3.°, y en otros casos á los que luego hemos de referirnos. Las observaciones que en el texto se hacen son aplicables, en general, con relación á estos otros casos.

peño del cargo de jurado, ó no comparece como testigo ó como perito ante el tribunal que le ha hecho la citación oportuna, ¿es autor de una omisión voluntaria? ¿No parece más bien que ha dejado de obrar involuntariamente? ¿Se podrá decir que haya en ello delito? (1).

(1) La materia de la *culpa* es bastante embrollada. Toda culpa parece que envuelve una omisión, la omisión de precauciones, de medidas que uno tiene la obligación de adoptar para que no se produzcan ciertas consecuencias. Por eso dicen muchos que es la «omisión voluntaria de la debida diligencia para calcular y prever las consecuencias posibles y previsibles de los propios actos» (*a*). Por donde se comprende muy bien su posibilidad allí donde hay actos que, estando vedado realizar, los realiza, sin embargo, uno, aunque indirectamente, por no prestar la atención debida y no prever que, obrando de tal determinada manera, habrá de venir á la vida tal resultado que no debía venir y que no se quería que viniera. En estos casos hay, pues, de un lado, actos positivos, voluntarios en cuanto tales actos, en su objetividad, y de otro lado omisiones; pero más bien que omisiones de otros actos que uno tuviera obligación de realizar, lo que hay (á lo menos en la mayoría de los casos) es falta ú omisión de la previsión que hubiera podido tener respecto á la fuerza causal y á las subsiguientes consecuencias que habría naturalmente de producir lo pensada y voluntariamente hecho. La acción y la omisión se entrelazan; se hace, sin querer, lo que no debería ser hecho; pero se hace, por omitir voluntariamente

(*a*) El Código civil define (en su art. 1.104) la *culpa* ó *negligencia*—aun cuando sólo con relación á las obligaciones civiles, y por eso emplea al efecto la palabra «deudor»—diciendo que «consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación...»; y el Tribunal Supremo, en varias de sus sentencias de casación, relativas á materia criminal, ha dicho que «para que un hecho pueda ser calificado de imprudencia temeraria, es necesario... que produzca el mal por causa de falta de cuidado y de la diligencia que el hombre prudente debe emplear en los actos susceptibles de ocasionar un mal cualquiera» (sentencia de 29 de Abril de 1876); «que existe imprudencia simple ó negligencia cuando se verifica un acto que produzca daño, sin que el agente reflexione en él con algún detenimiento ó emplee aquellas precauciones que todo hombre diligente pondría para que las consecuencias de sus actos correspondiesen á su intención de no dañar» (sentencias de 28 de Setiembre de 1880 y 11 de Octubre de 1898); que «la imprudencia temeraria imputable como delito consiste en la falta de previsión y de la racional cautela que debe acompañar á todos los actos de donde puede resultar fácilmente un mal ó daños probables» (sentencias de 19 de Diciembre de 1883, 19 de Noviembre de 1903 y 16 de Marzo de 1905), y que «el delito de imprudencia temeraria se caracteriza por un hecho que, aun cuando en sí, y aisladamente apreciado, no sea punible, es determinante de un mal no previsto por el autor de aquél, pero que hubiera debido prever» (sentencia de 19 de Marzo de 1885).

Suponiendo, no obstante los reparos expuestos, singularmente en cuanto á los hechos culposos, que para el legislador penal español no haya voluntad sino allí donde exista conciencia é intervención deliberada, todavía no nos es posible adivinar su pensamiento de una manera segura por lo que se refiere al contenido de la «voluntariedad», necesaria, según él, para que el estado de espíritu de un sujeto pueda ser calificado de criminal, base consiguiente de imputabilidad y pena. Es muy corriente considerar voluntario un acto cuando ha sido intencional: que quiere decir (sin que por el momento entremos en más explicaciones, que tendrán lugar más adelante)

---

aquel cálculo diligente y previsor, mediante cuyo empleo se hubiera podido evitar lo que al presente se lamenta como sucedido. Pero cuando uno tiene una obligación positiva de ejecutar ciertos hechos, cuya no realización implica delito, la omisión de ellos, ó ha de ser deliberada, ó de ser indeliberada, difícilmente se la podrá incluir en la categoría de lo voluntario. No habiéndose ejercitado la actividad en ningún sentido, ni habiéndose puesto acto de ninguna clase, imposible es exigir el cálculo previsor de consecuencias que no iban á producirse. La inacción total no trae consecuencias; y si se quieren enlazar con ella, en concepto de tales, ciertos hechos posteriores, debe tenerse en cuenta que como la inacción ha sido involuntaria, no cabe ponerlos á cargo de una imprevisión que no ha intervenido. La imputabilidad de los daños que hayan provenido de la propia omisión no podrá fundarse en la voluntariedad de los mismos, ó sea en la relación de causalidad moral entre ellos y un individuo que nada ha hecho, aun cuando estuviera obligado á hacerlo. Habrá habido por su parte imprevisión, y hasta desobediencia á ciertos preceptos ó mandatos que el agente tuviera que observar, y de esta desobediencia se le podrá constituir en sujeto responsable (aquí está para algunos, precisamente, la naturaleza de las faltas ó contravenciones, á distinción de los delitos); mas no parece que cabe decir exista en los aludidos casos aquel vínculo de causalidad voluntaria en el cual se pone regularmente la base de la imputabilidad. Si, aun en las omisiones directamente queridas, les es difícil á los pensadores reconocer la virtualidad causativa de la voluntad sobre las consecuencias ó efectos que de la omisión se han seguido, ¡calcúlese lo que sucederá tratándose de omisiones hijas de un simple descuido ó de inadvertencia! El Tribunal Supremo parece vacilar con relación á este problema: pues, si en algunas sentencias (como las de 5 de Abril de 1875, 15 de Junio de 1889 y 12 de Octubre de 1897) tiene declarado que la imprudencia se da lo mismo en las omisiones que en las acciones, tampoco faltan otras sentencias (v. g., la de 19 de Noviembre de 1903) de las cuales se desprende una negativa por lo que se refiere á las omisiones.

cuando los resultados con semejante acto obtenidos sean aquellos mismos que el agente buscaba y que él había previsto y se había representado de antemano en su mente; cuando, por consecuencia, se haya dado una perfecta identidad entre el cambio de postura en las cosas que alguien perseguía y el que, por intervención de su propia obra, ha tenido lugar. Una acción es intencional cuando el agente la pone animado de la persecución de un fin que ansía obtener; y los resultados ó consecuencias de una conducta son intencionados, cuando de hecho y exteriormente responden á los fines que han movido la actividad del sujeto de aquélla.

De modo que cualquier efecto producido fuera del horizonte de mis designios será, según esto, involuntario; como, al revés, puede ocurrir que mis intenciones ó designios, es decir, mi voluntad, abarquen más que el fin logrado. De aquí resultan los actos *preterintencionales* (ya *infra*, ya *extra* ó ya *supraintencionales*), considerados, en lo que de extraintencionales tengan, como pretervoluntarios (ó por exceso ó por defecto), y de los que, en rigor de doctrina, sólo ha de responder su autor en la parte que de conscientes ó previstos hayan tenido, pues sólo esta parte es obra propia suya, susceptible de imputación. Si alguien *plus fecit, minus voluit*, parece que no ha hecho, intencionada y voluntariamente cuando menos, sino lo que quiso hacer, y á esto sólo habrá de extenderse su imputabilidad y responsabilidad; á lo sumo, de los resultados que queden fuera de las finalidades consciamente perseguidas, podrá responder como autor de hechos culposos, si es que tales resultados, aun no buscados de un modo directo, fueron en alguna manera previstos, por ser fácilmente previsibles. Se daría aquí el dolo que muchos llaman indirecto (voluntad indirecta), el cual, más bien que dolo, parece una verdadera culpa.

Ahora, nuestro legislador no ha sabido respetar estas exigencias, aun cuando á él y á otros muchos con él les parezca otra cosa. En el mismo artículo 1.º del Código penal común,

donde define el delito como acción voluntaria, establece ya una diferencia entre voluntad é intención (que aquí denomina, como otras veces, propósito), pues dice (párrafo tercero de dicho artículo) que «el que cometiere voluntariamente un delito ó falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar». Con lo que tenemos hechos, males (delitos objetivos, «violaciones del orden», que suele decirse), acompañados de voluntad y no acompañados de intención ó propósito (1); hechos que la ley declara punibles. La voluntariedad se refiere aquí á la acción misma, no á sus consecuencias ó efectos, los cuales corren á cargo de la intención. Pero, si el delito no está en la acción en sí, que pudiendo originar resultados distintos,

(1) V. g., quien dispara en riña su revólver contra el enemigo, pero no hace blanco en él, sino—*aberratio ictus*—en otra persona que para evitarlo se interpone (su mujer, su padre, un extraño, etc.). El Tribunal Supremo tiene declarado con mucha insistencia que en estos casos de *aberratio ictus*, ó en los que resulta un mal distinto del perseguido por el agente, no es aplicable á las consecuencias imprevistamente obtenidas la calificación de imprudentes con arreglo al art. 581 del Código, supuesto que á este artículo no se puede acudir más que «cuando el hecho determinante del mal causado *sea por su naturaleza inocente*» (sentencia de 17 de Noviembre de 1892 y otras varias). De modo que no siendo semejantes hechos cometidos con voluntariedad imprudente ó culposa, tienen que haberlo sido con voluntariedad dolosa, maliciosa, intencional, etc. Pueden verse en este sentido, amén de otras, la sentencia de 2 de Abril de 1887 (una mujer tira una piedra contra su hijo, sin buscar la muerte de éste, y da á otro niño, matándolo), la de 21 de Mayo de 1890 (hecho algo parecido al anterior, realizado por un guardia municipal), la de 5 de Junio de 1901 (también caso de *aberratio ictus*), la de 11 de Diciembre de 1902, la de 4 de Mayo de 1874 (mayor mal del perseguido), la de 26 de Junio de 1880 (mal distinto del perseguido), la de 12 de Julio de 1890 (ídem), la de 4 de Julio de 1903 (ídem)... El número de aquéllas en las cuales se establece la doctrina de que «el autor de un delito perpetrado *contra una persona*, siquiera el mal haya recaído *en otra distinta* de aquélla *á quien tuvo intención* de ofender, y hubiere excedido *los límites del que verdaderamente se propuso causar*, siempre que hubiere obrado con voluntad y malicia, es responsable *de las consecuencias* del hecho punible cometido», es hasta extraordinario, podríamos decir (véanse las de 29 de Setiembre de 1885, 25 de Octubre de 1893, 6 de Diciembre de 1893, 30 de Abril de 1896, 17 de Diciembre de 1897, 1.º de Mayo de 1900, 20 de Febrero de 1902, 11 de Diciembre de 1902, 8 de Julio de 1904...)

malos ó buenos (1), podría decirse que como tal es indiferente; si el delito está precisamente en esos resultados—en el mal, como dice el Código, producido—, para que éstos se llamen voluntarios ó involuntarios, preciso es que estén ligados con la conciencia previsora ó intencional del que los ha engendrado. Si se han engendrado inconsciamente, de improviso, sin que el agente haya ido tras ellos, no parecen hechos voluntarios. ¿Cómo entonces, si no es á pesar suyo y contradiciendo las mismas doctrinas que cree profesar, puede el legislador considerar como voluntario, y materia de responsabilidad criminal, conforme él mismo dice, los actos preterintencionales?

Pero tampoco se atiene rigorosamente á lo que parece debería constituir su regla de conducta. Si la voluntad, no la intención ó propósito (estimándolos como cosas distintas) (2), es la base de la responsabilidad (art 1.°, párrafo tercero del Código penal común), sin embargo, la intención se tiene también presente para medir esta última. Y así, cuando el delincuente, habiendo ejecutado voluntariamente un mal distinto del que se había propuesto ejecutar, lo hubiere causado de mayor gravedad de lo que él se proponía, su responsabilidad, gracias á esta menor intención, y aun cuando la voluntariedad del acto en sí quede intacta, vendrá aminorada (3).

---

(1) Disparar el revólver para matar hombres, ó para matar alimañas dañinas.

(2) Distintas resultan forzosamente algunas veces, según la manera que el legislador tiene de expresarse. A lo que en el texto se dice con relación al art. 1.° del Código penal, debe añadirse que el art. 7.°, por ejemplo, de la ley sobre cables submarinos opone lo voluntario á lo intencional (en el art. 3.°, por el contrario, opone las acciones «voluntarias» á las ejecutadas por «descuido», ó sea por imprudencia), pues dice: «Cuando un buque hiciere *voluntariamente* operaciones que pudieran deteriorar ó destruir un cable avalizado, ó cuya existencia le sea conocida, aun cuando el capitán ó patrón de aquél no tuviera *intención* de causar daño, será castigado...». Esta voluntariedad no puede ser intencional, como se ve comprobado, además, por lo que el mismo artículo dice á continuación: «Si el capitán ó patrón las hiciere [las operaciones] *maliciosamente* [ó sea «con intención de causar daño»]...»

(3) Art. 9.° «Son circunstancias atenuantes: ... 3.ª La de *no* haber tenido el delincuente *intención de causar un mal de tanta grave-*

Parece claro que, por virtud del mismo principio, y aplicándolo á la hipótesis contraria, cuando el mal causado voluntariamente hubiere sido menor del que el delincuente había tenido intención de producir, esta circunstancia de la «mayor intención» habría de convertirse en agravante. Mas no se hace así, y en ello parece haber otra falta de congruencia en el pensamiento legislativo. El art. 65 la muestra bien manifiestamente, cuando dispone que «en los casos en que el delito ejecutado *fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable*, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste, en su grado máximo, la pena correspondiente al segundo. 2.ª Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste, también en su grado máximo, la pena correspondiente al primero». El resultado á que en ambos casos se llega es, como se ve, el mismo: imponer la pena del delito menor, aunque elevada al máximo. Pero, tratándose de casos precisamente opuestos, no hay posibilidad de hallar un fundamento idéntico para los dos. Y efectivamente, si el legislador se viese obligado á razonar las dos reglas copiadas del art. 65, no le sería fácil hacerlo, y tendría acaso que reconocer que entre una y otra se da marcada é irreductible incongruencia, y que ninguna de las dos á su vez están en armonía con otros preceptos legislativos en que parece traducirse la aludida teoría corriente de la imputabilidad.

---

dad como el que produjo». Los hechos ejecutados en estas condiciones parecen, pues, en parte intencionales y en parte no intencionales, en parte dolosos y en parte culposos; pero *en totalidad voluntarios*. El caso fortuito, que diremos pretervoluntario, no se admite aquí. En lo fortuito no se reconoce intervención alguna voluntaria, y en el caso del art. 9.º, circunstancia 3.ª, si se pena el acto atendiendo al resultado exterior producido (aunque con una atenuante), es porque tal resultado se presupone que ha sido hijo de la voluntad del agente, aunque difícil es saber si esta voluntariedad que da por supuesta la ley es la voluntad dolosa (intencional) ó la culposa (preterintencional), pues si fuera esta última, el artículo aplicable sería el 581.

Pues, apoyándose ambas las referidas reglas en la separación entre voluntad é intención ó propósito, separación de que dan testimonio, como queda dicho, el art. 1.°, párrafo tercero, y el art. 9.°, circunstancia 3.ª, del Código penal común, si la regla primera del art. 65 toma como base de la imputabilidad, no ya la voluntad en general del culpable—puesto que no imputa á éste el delito realmente ejecutado, y ejecutado con voluntad, ya que á ser involuntario no sería delito (art. 1.°)—, sino la intención ó propósito — por lo que le imputa el delito que se propuso ejecutar, pero no ejecutó—, en cambio, la regla segunda sigue el camino opuesto, y, abandonando la intención, y dejando, por consiguiente, impune el delito que el agente se propuso ejecutar, se refugia en la voluntariedad general, y pena á aquél por el delito que de hecho ejecutó, pero sin proponérselo. En los dos casos califica la ley al agente de «culpable»; mas su culpabilidad, soporte de la pena, no puede tener la misma raiz en ambos, ya que en el uno esta última se acomoda al propósito perseguido por el sujeto, y en el otro no.

¿En qué se puede fundar, por otra parte, la elevación de la pena al grado máximo, tanto en la hipótesis de la primera regla del art. 65 como en la segunda? ¿Es que, ya se tome como cimiento de la penalidad la intención (regla 1.ª), ya la voluntad (regla 2.ª), son congruentes consigo mismas ninguna de las dos soluciones del art. 65? El que realiza, sin proponérselo, un delito mayor del que se había propuesto ejecutar, ¿ha puesto acaso en el delito ejecutado mayor grado de intención ó propósito que si hubiera practicado precisamente lo que se proponía? ¿No es, al contrario, el suyo, un delito preterintencional, realizado sin intención, aunque no (es el supuesto) sin voluntariedad? Pues, sin embargo, al autor voluntario de un hecho intencional se le impondrá por regla ordinaria, cuando no concurran circunstancias modificativas, la pena correspondiente al delito intencionadamente ejecutado (art. 64) (1), pero se le

(1) Art. 64: «A los autores de un delito ó falta se les impondrá

impondrá en su grado medio (art. 82, regla 1.ª) (1), mientras que al autor voluntario del mismo hecho, pero realizado éste sin intención, se le aplicará la pena del delito que quiso realizar, pero que no realizó (¿caso de tentativa?), elevándola por cierto á su grado máximo (art. 65, regla 1.ª). Y no es esto lo que habrá de acontecer (art. 65, regla 2.ª) cuando se ejecute un delito menor del buscado: entonces se penará, no este último, con arreglo á la intención, sino el primero, con arreglo á la voluntariedad general; pero se presupone para ello una cosa hasta imposible, y es que la voluntariedad admite gradaciones, y que quien realiza lo que no se proponía, aunque menos de lo que se proponía, ha hecho lo que ha hecho con más voluntad que quien realizase lo mismo que él, pero proponiéndoselo directamente, y por eso se le impone igual clase de pena que á éste, pero elevada al grado máximo.

La solución del art. 65 del Código, corroborando el pensamiento implícito en el párrafo tercero del art. 1.º, es, pues, la siguiente: la voluntariedad y la intención son cosas diferentes, aun cuando suelen andar enlazadas; ninguna de ellas sirve como base de la imputabilidad, la responsabilidad y la pena, de un modo exclusivo y siempre; al revés, en unos casos (regla 1.ª) se toma como criterio la intención, pero agravando la imputabilidad y la pena por el mayor daño, voluntaria, aunque no intencionalmente, hecho; en otros (regla 2.ª), la base de la imputabilidad y la pena está precisamente en el anterior motivo de agravación, ó sea en el cuánto de daño (delito objetivo) voluntariamente realizado, y el dato de la intención (mayor que lo hecho) se convierte en motivo de agravación.

De donde resulta, al parecer, un verdadero inextricable embrollo. No hay delito (alma delincuente se quiere decir,

---

la pena que para el delito ó falta que hubiesen cometido se hallare *señalada por la ley*».

(1) Art. 82, regla 1.ª: «Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, impondrán [los tribunales] la pena señalada por la ley *en su grado medio*».

delito subjetivo ó imputable, aunque sí lo haya objetivamente) si no hay voluntad: el delito es acción *voluntaria*, se dice de un modo corriente (art. 1.° del Código). ¿Tiene que ser intencional? Por lo expuesto parece que no; aunque de otro lado, y la mayoría de las veces, viene á ser que sí. La voluntad que el legislador exige para que el delito exista, ó mejor diríamos, para que el delito, objetivamente tal (la acción ú omisión penada por la ley) (1), pueda ser imputado ¿cuál es? ¿Basta con la simple voluntariedad del acto en sí (2), que ha traído, ó pudo traer (3),

---

(1) *Por la mera intención no puede declararse la existencia del delito* (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Febrero de 1901); *las intenciones, por sí solas, no son penables* (Memoria del fiscal del Tribunal Supremo, correspondiente al año 1902, p. 106); *no hay delito más que en el hecho, y en el hecho definido, claro y terminante*, y es preciso *alejar toda idea de persecución á la tendencia, de castigo á la doctrina y de delincuencia por el pensamiento* (real orden de 23 de Abril de 1906, explicatoria del alcance de la ley de 23 de Marzo anterior, llamada *ley de jurisdicciones*). Esto mismo, pero ya menos claramente, y á veces con expresiones que indican lo contrario, dice también la circular del fiscal del Tribunal Supremo, fecha 4 de Marzo de 1893, sobre el ejercicio de los derechos de reunión y asociación.

(2) Esta voluntariedad, en modo alguno la de las consecuencias, efectos ó resultados de la acción, es la única que puede darse en los casos de imprudencia, negligencia, descuido, impericia, culpa, imprevisión, ignorancia inexcusable, etc. Sin que valga invocar en contra de tal tésis (como lo hacen, v. g., las sentencias de 14 de Febrero de 1894 y 4 de Noviembre de 1896), el antiguo principio, según el cual *quicumque est causa causae est causa causati.*

(3) Como sucede en los casos de delito frustrado y de tentativa de delito, tan frecuentes. Son de mencionar aquí algunas disposiciones de distintas leyes ó cuerpos legales, donde se atiende á esta posibilidad de hacer daño, no habiéndolo causado realmente, ó habiéndolo causado menor del que se castiga. Ejemplo, el art. 173 del Código de justicia militar, al que corresponde exactamente el art. 17, párrafo segundo, del de la Marina de guerra, los cuales dicen que para apreciar, los respectivos tribunales, las circunstancias que acompañen á los delitos que hayan de juzgar, tendrán en cuenta, entre otras cosas, «el daño producido ó *que hubieran podido producir* con relación al servicio, á los intereses del Estado ó á los particulares». Ya hemos visto lo que dice también el art. 7.° de la ley de cables submarinos. Véase igualmente el art. 228, núm. 4.° del reglamento de sanidad exterior, fecha 14 de Enero de 1909; el art. 1.°, núms. 16 y 19, del tratado de extradición de España con los Países Bajos, etc.

ó es capaz de traer (1) consecuencias lamentables para alguien; ó es necesaria la voluntad directa de dañar? En otros términos: ¿basta, para calificar á uno de delincuente, con la mera

---

(1) Como ocurre con la traición, si la guerra no llega á ser declarada (art. 136 del Código penal); con la conspiración y la proposición para cometer delitos (arts. 4.º, 139, 158, párrafos segundo y tercero, y 163, párrafos tercero y cuarto, 249 y 254 del Código penal común; 5.º, 121, párrafo segundo, 125, 130, 131 y 140 del Código penal de la Marina de guerra, y 227, 230, 241 y 251 del de justicia militar; 4.º de la ley de explosivos); con la amenaza (arts. 507 y 604, núms. 2.º, 3.º y 4.º del Código penal común; art. 5.º de la ley de explosivos; art. 20 de la ley de ferrocarriles); con la celebración de reuniones ó manifestaciones que tengan por fin cometer delitos, pero que no han llegado á cometerse (arts. 189, núm. 4.º, 190 y sigs. del Código penal común, y art. 5.º, núms. 4.º y 5.º, y párrafo último, de la ley de reuniones); con los gritos provocativos de rebelión ó sedición y con los hechos encaminados á delinquir contra la forma de gobierno (arts 181 y 273 del Código penal, y circulares de la fiscalía del Tribunal Supremo, fechas 27 de Julio de 1884 y 13 de Febrero de 1896; véase también la circular de 4 de Marzo de 1893, antes citada); con la imposición arbitraria de una pena que no se ha comenzado á ejecutar ó cumplir (arts. 205, párráfo segundo, y 206, números 2.º y 3.º); con la provocación, por los ministros de algún culto, á la ejecución de algún delito contra el orden público (art. 279); con la posesión de moneda falsa (art. 302); con la fabricación ó tenencia de cuños, sellos, marcas ú otra clase de útiles ó instrumentos que puedan servir para falsificar (arts. 326 y 327); con el falso testimonio en diferentes casos en que no ha dado origen á que recaiga daño alguno sobre alguien, aunque ha habido exposición á ello (arts. 332, núms. 3.º, 5.º, 7.º y 9.º, 334 y 336); con la elaboración, fabricación, venta ó tráfico de productos químicos que puedan causar grandes estragos, ó de sustancias corrompidas, mezclas nocivas á la salud ó medicamentos deteriorados (arts. 351 y siguientes); con la negativa á desempeñar un cargo público de elección popular, ó á funcionar de jurado, perito ó testigo (art. 383); con la mutilación para eximirse ó eximir á otro del servicio militar (arts. 436 y 437 del Código penal, 189 á 191 de la ley de reclutamiento del ejército, y 82 á 84 de la de reclutamiento de la armada), y la expedición de certificaciones con el mismo ó análogo fin (arts. 323 y sigs. del Cód. pen., 195 y 196 de la ley de reclutamiento del ejército, y 87 y 88 de la de reclutamiento de la armada); con la inducción á la prostitución ó á la corrupción de menores (art. 459, núm. 2.º, del Cód. penal., reformado por la ley de 1904 sobre la *trata de blancas*, y circular del fiscal del Tribunal Supremo, fecha 18 de Julio de 1903); con la mera tenencia de ganzúas ó de otros instrumentos de los que generalmente sirven para cometer robos (art. 528); con la provocación á delinquir por medio de la imprenta (art. 582 del Código penal, 6.º de la ley de explosivos y 3.º de la *ley de jurisdicciones*); con la divulgación por medio de la imprenta de hechos ó noticias falsas que puedan producir perjuicios ó disgustos graves ú originar peligro (art. 584,

voluntad de hacer, ó es precisa la voluntad de delinquir, y hasta de delinquir en una forma determinada y causar determinado delito? ¿Basta con querer obrar, ó es necesario

---

números 2.° y 3.°); con la colocación de obstáculos en la vía férrea los cuales puedan producir un descarrilamiento (art. 16 de la ley de policía de ferrocarriles de 23 de Noviembre de 1877); con la tenencia, fabricación ó uso de armas sin licencia (art. 591, núm. 3.° del Código penal; art. 137 de la ley de propiedad industrial; R. D. de 10 10 de Agosto de 1876, con otras disposiciones concordantes posteriores, principalmente las reales órdenes de 14 de Setiembre de 1906, 28 de Setiembre de 1907, sobre todo el núm. 5.°, y 9 de Noviembre de 1907; circular del Ministerio de Gracia y Justicia, fecha 14 de Setiembre de 1906; varios artículos de la ley de caza de 16 de Mayo de 1902); con la tenencia, fabricación ó venta de sustancias ó aparatos explosivos, ó con la colocación de los mismos sin haber llegado á estallar (ley de explosivos, arts. 2.° y 3.°); con la entrada en heredad ajena, sin el competente permiso y con útiles ó arreos de caza (art. 50 de la ley de caza); con la tenencia material de géneros ó efectos estancados ó prohibidos (ley de contrabando y defraudación, art. 1.°, párrafo segundo, y art. 3.°, núm. 3.°; véanse también los arts. 3.°, núm. 13, 8.°, núm. 12, 9.° y 23 de la misma ley); con la falta ó demora de declaración de casos de cólera morbo en puertos ó barcos, sin trascendencia para la salud pública (arts. 236 y 237 del reglamento de sanidad exterior, fecha 14 de Enero de 1909), como igualmente la omisión ó incumplimiento de ciertas obligaciones sobre patentes, etc. (arts. 219 y sig. del mismo reglamento); con la ocultación de enfermedades contagiosas y otras omisiones ó faltas parecidas (art. 202 de la Instrucción de sanidad, de 12 Enero de 1904); con el reclutamiento de emigrantes, la propaganda y el favorecimiento de la emigración (arts. 33, 34, 51 y sigs. de la ley de emigración, fecha 21 de Diciembre de 1907, y art. 174 del reglamento para la ejecución de esta ley, fecha 30 de Abril de 1908); con ciertas acciones, omisiones y falsedades en materia electoral (arts. 62, 63, 65, 66, 69, 71, 84 y otros de la ley electoral); con ciertos actos meramente peligrosos para el orden público (arts. 3.° y sigs. 16, 17 y otros de la ley de orden público); con la vagancia (art. 10, circunstancia 23 del Código penal; circular citada de 14 de Setiembre de 1906); con la embriaguez (art. 589, núm. 3.°, y circular citada); y aun con otros varios hechos semejantes que podrían irse recogiendo de entre el articulado de las leyes vigentes. (V., entre otros, los arts. 222, núms. 2.°, 6.° y otros; 223, núms. 1.° y 4.° y otros; 224, núms. 2.° y 3.°; 225, 246, 249, 255, 262, 280, 281, 301, núm. 3.°, y 305, párrafo último, del Código de justicia militar; los arts. 117, núms. 1.°, 4.° y 7.°; 119, 123, núms. 1.°, 2.° y 3.°; 158, 161 y sigs., 172 y sigs., 216 y sigs., 271 y sig., 294, núm. 2.°, 296, 302 y otros del Código penal de la Marina de guerra; el art. 15 de la ley de policía de ferrocarriles; el artículo 18, *passim*, de la ley de contrabando, sobre todo las circunstancias 6.ª, 7.ª, 11, 12 y 13; el art. 40, faltas 6.ª y 7.ª, del reglamento de instalaciones eléctricas de 15 de Junio de 1901; los arts. 1.°

querer obrar mal? Si con lo primero es suficiente, serán muy fácilmente incluídos entre los delitos los hechos llamados culposos ó imprudentes (donde la primera voluntad existe, no la segunda) y todos los análogos (v. g., aquéllos á que se refiere el art. 65 citado). Pero, en tal caso, no parece que sea una voluntad consciente, deliberada, previsora de las consecuencias del propio obrar, la que convierta el acto en delito y le dé condiciones de imputabilidad. Se imputarán los resultados del propio voluntario hacer, aunque no hayan sido previstos, ni por lo tanto queridos. Lo querido ha sido entonces un hecho que ha originado consecuencias involuntarias. Mas si, por el contrario, la voluntad delincuente es sólo aquella que consiste en querer delinquir y en perseguir á sabiendas, no sólo el acto inmediato que trae ciertas malas consecuencias, sino también estas mismas, siendo puesto el primero como medio precisamente de lograr las últimas, en tal caso, voluntad é intención quedan siendo equivalentes, y no hay imputabilidad sino de lo intencionadamente hecho, ni la medida y el grado de esa imputabilidad y de la pena consiguiente puede consistir en nada

---

y sigs. de la ley de protección á la infancia, fecha 26 de Julio de 1878; los arts. 1.° y sigs. de la ley de 1903 sobre la mendicidad de los menores; los arts. 138 y sigs. de la ley de propiedad industrial; la ley de 8 de Febrero de 1907 sobre el uso de explosivos y sustancias venenosas en la pesca; el art. 2.°, núms. 5.° y 10, del tratado de extradición con Rusia; el 1.°, núm. 29, del con Dinamarca; el 2.°, núm. 19, del con Inglaterra; el 1.°, núms. 16, 17, 19 y 21, del con los Países Bajos; el 3.°, núms. 5.° y 8.°, del con Portugal; el 2.°, núms. 6.° y otros, del con Cuba; el 2.°, núm. 13 del con la Argentina; el 2.°, núm. 6.°, del con los Estados Unidos, y otros varios más.) En ninguno de los casos citados se puede decir que hay propiamente delito, á los ojos mismos del legislador, pues no han dado comienzo los actos de ejecución, que es donde empieza para él la punibilidad (art. 3.° del Código común); sólo se trata de actos preparatorios, que la doctrina en que se inspiran nuestras leyes considera impunibles, por ser actos equívocos, ó sea indiferentes, que tanto pueden conducir al delito como no conducir. Si se dijera que tales actos son ya, por sí mismos, delitos perfectos ó consumados, en ese caso preciso será reconocer que la mayor parte de tales delitos, si no todos, requieren una segunda ó ulterior consumación, y en tal sentido, son delitos de los que se llaman «imperfectos», como lo son también la tentativa, el delito frustado, etc.

que no sea la intención, llamada otras veces propósito. ¿Por cuál de ambos extremos decidirse? Nadie lo sabe decir claramente. ¿Por cuál se decide el legislador español? Tampoco lo sabe. Por el que mejor le sirve en cada caso para salir de sus inmediatos apuros (1).

VII

ELEMENTOS DISTINTOS DE LA INTENCIONALIDAD, Á LOS CUALES MANDA ACUDIR LA LEY

A lo ya alegado como demostración de que la intención, la voluntad de delinquir y de originar determinadas consecuencias, no es el criterio que sirve de guía al legislador para calificar de delictuosas ó no las acciones, y para atribuírselas al agente, imponiéndole la pena sólo en la proporción en que de tales consecuencias se le considere autor verdadero, por haberlas previsto y haberlas querido y producido con toda y clara inten-

(1) Según se indicará luego, hay casos en que el legislador parece no requerir otra voluntariedad, sino la del hecho material ejecutado, cualesquiera que sean las dañosas consecuencias que éste haya producido, y hasta no habiendo producido ninguna (tentativa y delito frustrado de homicidio ó de robo, por ejemplo, disparo de arma de fuego, etc.), ó no pudiendo de ninguna manera producirlas (v. g., en la llamada «tentativa imposible»). Pero también los hay en que las cosas suceden de otra manera, y el de la injuria es uno de ellos. Nuestros tribunales, empezando por el Supremo (que tiene dadas muy repetidas sentencias en este sentido), se vienen inclinando más cada vez á considerar (de acuerdo con las enseñanzas de la doctrina en todas partes, y de día en día con mayor insistencia) que no es suficiente, para que la injuria legalmente imputable exista, con ejecutar voluntariamente una acción (proferir una frase ó escribir un artículo), ni siquiera con que esta acción, voluntaria, consciente ó intencionadamente puesta para difamar ó injuriar, sea capaz de producir y haya producido realmente el efecto de deshonrar, desacreditar ó menospreciar á alguna persona ó entidad; sino que es preciso también, para inculpar ó exculpar al agente de la misma, tener en cuenta las finalidades que le hayan servido de móvil y la trascendencia social (beneficiosa ó dañosa) que el acto debería tener, según los propósitos últimos de su autor (como, por ejemplo, si éste persigue el desenmascarar á algún elemento peligroso, poniendo á las gentes en guardia contra él).

ción, podemos añadir otras dos observaciones. Primei no se da que la imputabilidad y la responsabilidad se determina, cesaria- dúan casi siempre, tanto según la ley como en la jurispru olunta- ó práctica de los tribunales, en atención al mero resultac mente terior, y prescindiendo de las intenciones ó propósitos; argo, segundo lugar, que las circunstancias consideradas por el ndo, digo (por los códigos y leyes en general) como influyentes los la imputabilidad y responsabilidad son, en buena parte, ajen a. á las previsiones y al hacer consciente de los individuos.

Para imputar los resultados dañosos (punibles objetivamente) de una determinada conducta al sujeto de ella, basta regularmente, según el Código penal y según los tribunales que lo aplican, con que los hechos que la constituyen hayan sido voluntariamente realizados, aun cuando no haya entrado en las previsiones de aquél todo el encadenamiento causal que de esa conducta ha venido á derivarse. Todo lo que de los propios hechos haya resultado, previsto ó no, impensada ó pensadamente, con intención ó sin intención, todo ello se le pone en cuenta (imputabilidad) (1), para pedírsela (responsabilidad)

(1) «Si bien la intención criminal, ó malicia, es un elemento tan esencial al delito genéricamente definido en el art. 1.º del Código—dice el Tribunal Supremo—, que sin su concurrencia desaparece el concepto jurídico del mismo, *no es preciso que esta intención abarque y comprenda toda la extensión del mal realizado por el hecho que lo determina*» (sentencia de 28 de Abril de 1886). «*Quien ejecuta un hecho criminal es responsable de todo el mal que por consecuencia del mismo se produce*, mientras no aparezca y resulte que éste haya podido sobrevenir en virtud de cualquier accidente extraño, desligado por algún concepto del acto primero» (sentencia de 7 de Diciembre de 1889). «El autor voluntario de un hecho justiciable *no sólo es responsable del delito que se propone ejecutar*, *sino también de los que resulten cometidos por consecuencia* del acto punible y con deliberado propósito realizado» (sentencia de 27 de Enero de 1892). «El autor de un acto justiciable es responsable *del mismo y de todas sus consecuencias*, siempre que éstas no procedan de causas ajenas independientes de aquél» (sentencia de 28 de Noviembre de 1895). «La persona que realiza consciente y voluntariamente un hecho cualquiera de los que la ley penal castiga como delitos *responde criminalmente de todas las consecuencias que produce ese hecho*, con la sola excepción de aquéllas que se originan en accidentes extraños que no tengan re-

posteriormente, á su debido tiempo. Así se comprende que sean tantos los preceptos legales donde se vé que la pena está en relación con los efectos que el acto del agente ha producido, y no con los que del mismo habrían debido derivarse, según las previsiones conscientes, las intenciones ó propósitos de aquél. De suerte que la responsabilidad se gradúa, no ya con arreglo á la voluntad deliberada y consciente, único criterio y base de ella, conforme la teoría suele decir, ó por lo menos no sólo con arreglo á esa voluntad, sino también teniendo en cuenta un dato tan extraño el alma del delincuente como lo es el cuánto de daño que su acción, por virtud propia, y aun sin quererlo el sujeto de un modo directo y claro, ha producido. Así es como los tratadistas, después de sentar la doctrina general del dolo, como requisito del delito, y después de decir que el dolo presupone como condición *sine qua non* el conocimiento y la previsión de los resultados que el propio acto ha

---

lación con el acto del delincuente» (sentencia de 1.º de Mayo de 1900). Podemos añadir también la sentencia de 25 de Octubre de 1905, que se refiere á la imprudencia, y dice que «para graduar la responsabilidad del que obra imprudentemente (al disparar un arma de fuego) se debe tomar como punto de partida *el daño material* que se hubiere causado.»

Alguna vez, sin embargo, el propio tribunal parece separarse de estas reglas. Por ejemplo, en la sentencia de 31 de Mayo de 1892, y todavía más en la de 4 de Obtubre de 1893, donde se declara indirectamente que los efectos no buscados no son punibles, por no ser intencionales. La primera dice que «cuando un hecho punible por su carácter puramente externo sea susceptible de diferentes calificaciones jurídicas, *á la intención del agente hay que atenerse* para apreciar con acierto la naturaleza de aquél en la esfera del derecho penal y determinar cuál de estas calificaciones le es aplicable»; si bien añade que la intención ó propósito «hay que deducirlo de los hechos y circunstancias anteriores, coetáneos y aun posteriores al hecho justiciable, apreciados en conjunto». Y la segunda enseña que «para que sea justiciable el daño causado en la propiedad ajena (voluntariamente, desde luego), *es necesario que el acto que le produce tienda al objeto de perjudicar de este modo intereses de un tercero, ó revele el propósito de hacer mal,* porque en otro caso falta el elemento esencial y característico de todo (?) acto punible, ó sea *la intención de delinquir*», no bastando con la mera voluntariedad consciente del hecho material ejecutado.

de producir (pues cuando esta previsión no existe no se da jamás dolo, sino precisamente la culpa, que exige necesariamente imprevisión) (1), al encontrarse con acciones voluntarias que han traído consecuencias inesperadas, no directamente perseguidas por el agente, dicen que ellas le son, sin embargo, á éste atribuibles, porque ha habido un dolo indeterminado, el cual se determina y gradúa precisamente por los resultados exteriores de la acción (*dolus indeterminatus,* dicen, *determinatur effectu*) (2).

Los pasajes de nuestras leyes en que esto sucede son muchos. Entre otros, pueden ser mencionados los siguientes artículos del Código penal común, á los cuales sería fácil añadir una innumerable serie de ellos que figuran en los Códigos de justicia militar y de la Marina de guerra y en las demás leyes penales especiales (3): 2.º, párrafo segundo, 66, 75, 82, re-

(1) Es lo que algunos expresan diciendo que el dolo es la conciencia del nexo de causalidad entre la acción ejecutada por el sujeto y el resultado contrario á la ley; aunque este modo de definirlo da una idea más vaga del dolo que la indicada en el texto.

(2) Esto es quizá lo que quieren decir las dos sentencias siguientes del Tribunal Supremo: «El elemento de la intención, que integra todo delito, ha de deducirse, *en los que producen un daño real y positivo, de la naturaleza y extensión del causado* y *de los medios empleados para realizarlo;* y en los que no ocasionan un mal material y tangible, como acontece, entre otros, con el de injurias, de la tendencia de los actos que se ejecutan, valor gramatical de las frases que se pronuncian ó escriben, ocasión y forma en que se hace, y hasta las circunstancias del que las profiere y de aquél á quien van dirigidas» (sentencia de 12 de Julio de 1902). «*La intención del culpable se presume que es la la que naturaleza de la acción ejecutada revela,* mientras no existan datos que desvirtúen esa racional presunción» (sentencia de 16 de Abril de 1903).

(3) Pueden consultarse á este respecto, entre otros, los arts. 173, 231, núm. 2.º y párrafo último, y 235, párrafo segundo, del Código de justicia militar; el 17, párrafo segundo, y el 294 del de la Marina de guerra; el 1.º y el 2.º de la ley de explosivos; el 52, párrafo segundo, de la ley de caza; el 3.º, el 8.º, el 11, el 12, el 17, circunstancia 3.ª; el 18, circunstancias 9.ª y 10.ª; el 36, el 42, el 55 y el 59 de la ley de contrabando y defraudación; el 191 y 192, párrafo segundo, de la ley de 12 de Julio de 1885, reformada por la de 21 de Agosto de 1896, sobre reclutamiento y reemplazo del ejército, y el 86, párrafos segundo y tercero, de la ley de reclutamiento de la armada, fecha 17 de Agosto de 1885; el 222 y el 227 del reglamento de sani-

gla 7.ª, 136, 142, núm. 3.º, 143, núm. 1.º, 145, 147, párrafo segundo, 184, núm. 2.º, 192, 199, núm. 1.º, párrafo segundo, 200, número 1.º, párrafo segundo, 204, 205, 206, 225, párrafo segundo, 234, párrafos segundo, tercero y cuarto, 245, 248, párrafo último, 255, párrafo segundo, 256, 264, núm. 4.º, 279, 332, 353, párrafo segundo, 361, 362, 373, 375, 378, párrafo segundo, 382, párrafo segundo, 387, 396, 397, 407, párrafo tercero, 408, 431, 432, 438, 440, 441, 443, 446, 501, párrafos segundo y tercero, 507, núm. 1.º, 516, 521, 526, 531, 534, 535, 539, 544, 556, 563 y siguientes y 583.

En cuanto á las circunstancias que influyen en la punibilidad, por influir, según la doctrina á que su admisión obedece, en la imputabilidad del sujeto en quien las mismas concurren, es de advertir que buen número de ellas son independientes de la voluntad consciente de aquél, por tener un carácter objetivo (1), y otras, que sirven para agravar la penalidad, me-

---

dad exterior; varios del real decreto de 8 de Mayo de 1884 sobre montes; el 16 y el 22 de la ley de policía de ferrocarriles; el art. 1.º, núms. 1.º al 8.º, 10 á 18, 20 á 22 y 26 y sigs. del tratado de extradición con Alemania; el art. 2.º, núms. 1.º y sigs., del con Austria; el 2.º, núms. 20 y otros, del con Inglaterra; el 2.º, núms. 1.º y sigs., del con Bélgica, etc.

(1) Tal sucede, por ejemplo, con las indicadas en los números 1.º, 4.º, 5.º, 11, 12, 13, 14, 15, y en realidad con casi todas las de los demás números del art. 10 del Código penal común, que, como es sabido, hacen suyas, en su mayor parte, otros códigos, como el de justicia militar (arts. 172-174) y el de la Marina de guerra (artículos 15 y siguientes). Lo mismo puede decirse de las enumeradas en el artículo 18 de la ley sobre contrabando y defraudación, fecha 3 de Setiembre de 1904, y de algunas de las comprendidas en el 17 (la 2.ª y la 3.ª). En el cuerpo de todos estos códigos y leyes, y en el de otras muchas, hay innumerables preceptos, en virtud de los cuales se hace variar la penalidad—y la punibilidad en lo tanto—, no ya por circunstancias subjetivas, que hagan variar el dolo, el estado de conciencia, la voluntad deliberada, etc., del agente del delito, sino por circunstancias enteramente objetivas. Para demostrarlo, bastará con citar las siguientes del Código penal común: arts. 16, núm. 3.º, 17, 28, 51, 81, regla 2.ª, 84, 89, regla 2.ª y párrafo penúltimo (la acumulación ó concurso de delitos favorece al reo, 90 (ídem), 96 (el sexo; que no influye legalmente en la imputabilidad, produce el efecto de conmutar las penas), 109 (influjo análogo de la edad; véase también el art. 131 del mismo Código y el real decreto de 13 de Diciembre de 1886 creando una penitenciaría hospital en el Puerto de Santa

jor que aumentativas de la voluntariedad del agente, parece que la disminuyen, como pasa con la reincidencia, la vagancia, el ensañamiento, la alevosía. Todas las cuales represen-

---

María); 127 (responsabilidad por hechos ajenos, aun sin culpa ó imprudencia, como la que se presume en los casos de los artículos 19 y siguientes); 131, 137, párrafo último (igual penalidad al delito frustrado que al consumado, quizá *in odium criminis*, ó por considerarlo de suma gravedad, pero no por circunstancia personal alguna; lo mismo disponen el art. 175, núm. 2.º, párrafo último, del Código de justicia militar, y los arts. 83, 121 y 299, párrafo último, del de la Marina de Guerra); 140 (influye la condición de ser extranjero); 141, 151, 153 (no se considera este delito como regicidio ni como homicidio); 154 (análoga observación); 156, 158 (por excepción, que no se encuentra justificada sino por motivo semejante al que dijimos en el art. 137, son tratados igualmente la tentativa de delito y el delito frustrado de regicidio); 163 (relaciónese con el 153 y con el 157, para ver la distinta gravedad debida á circunstancias objetivas, con el 158 en cuanto al igual tratamiento del frustrado y la tentativa, y con el 419, para advertir que no se considera homicidio); 168 (á los jefes se les impone mayor pena); 169 (pena menor); 172, párrafo último, 184, núms. 1.º, 2.º y 3.º, 190 á 200 (los jefes ó promovedores son siempre penados con mayor pena que los demás, y además se tienen en cuenta los efectos exteriores obtenidos); 244 á 248 (observaciones análogas); 251 á 256 (ídem); 258, 259, párrafo segundo (se convierte en autor á quien no se sabe si lo es; véase igual disposición en el art. 17 de la ley de policía de ferrocarriles); 264, 281 (el hecho varía la pena, según se realice dentro ó fuera de España); 290, 294 (influye el metal de la moneda); 295 (ídem); 326, 328, 332, 341, 361 (influye la circunstancia exterior de haberse ó no ejecutado la pena decretada injustamente); 362 y siguientes, 373, 375, 395, párrafo segundo, 405, 407, 408, 409, 417, 418, 420, 422 (influjo de las circunstancias objetivas, por la misma disposición legal, que por cierto no alcanza ni al delito consumado ni á la tentativa); 425, 439, núm. 4.º, párrafo segundo, 434, 435, 437, párrafo último, 440, 445, 453, 458, 465 (circunstancias objetivas convierten al cómplice en autor para los efectos de la penalidad); 468, 469, 472 y siguientes, 487 y siguientes, 496, 501, 507, 508, 512, 517, 518, párrafos segundo y tercero (vuelve á penarse como autor á quien puede no haberlo sido); 519 (vuelve á penarse del mismo modo, por excepción, la frustración y la tentativa); 521, 522, 524 y siguientes, 532, 533, 536, 539, 542 á 544, 547, 548, 556, párrafo segundo; 558, 561 y siguientes, 575 y siguientes, 580 (el parentesco exculpa á algunos parientes, como en los casos de los arts. 17, 203, 438, párrafos segundo y tercero, y 512, párrafo tercero); 581, 583, 602, párrafo segundo, 611 y siguientes, reformados por la ley de 3 de Enero de 1907, y 621 (que equipara á los cómplices en las faltas con los autores). Fácil sería aumentar los ejemplos con otros muchos tomados de las leyes especiales. Véanse sólo los siguientes, sacados de dos de ellas y relativos exclusivamente á la distinta penalidad que en las mis-

tan, al parecer, no ya un mayor grado de voluntariedad y autodominio en el que obra, una mayor conciencia, causadora única del acto y excluidora de cualquier traba que lo constriñese y estorbase en sus movimientos libres, sino cabalmente lo contrario. La teoría de las circunstancias agravantes es difícil de justificar. O se trata de hechos que no tienen que ver nada con el estado de alma del delincuente, y que son, como queda dicho, de índole meramente objetiva: y en tal caso caen fuera del horizonte de la imputabilidad, sin tener nada que ver con ella, pues la imputabilidad se hace depender de la causalidad moral del acto, residente toda en el interior del agente, que ha determinado el efecto exterior por su sola voluntad consciente, sin más; ó se trata de hechos que se presupone son de naturaleza interna y que proyectan su influjo sobre la conciencia que sirve de causa á la voluntad. Mas para que esos hechos internos agraven la pena, que es agravar la responsabilidad, es preciso que aumenten la imputabilidad, base de ésta; y sólo cabe, según la doctrina, aumentar la imputabilidad, aumentando la intensidad de la causalidad moral, que es la conciencia del sujeto. Supuesto, éste, al parecer, imposible: porque, cuando ya la conciencia es la única directora de la conducta, sin compartir la dirección con nadie, ni reconocer limitación alguna en su actividad y desarrollo, no cabe quitarle trabas que no tiene, ni favorecer de ningún modo la intensidad de su autonomía. Si en el hacer llamado normal, cuando se supone que no concurren circunstancias de ningún

---

mas tienen señalada los jefes ó promovedores de ciertos delitos y los ejecutores de éstos, penalidad que podría decirse que se decreta á veces como á ciegas y al buen tun tun: arts. 222, núm. 3.°, párrafo segundo; 223, núm. 5.°, párrafo segundo; 233, párrafo segundo; 238, 242, párrafo segundo; 243, 244, párrafo segundo (autores al buen tun tun), y 247 (ídem) del Código de justicia militar; arts. 116, números 3.°, párrafo segundo, y 7.°, párrafo segundo; 128, 130, 133, párrafo segundo; 136, núms. 1.°, 2.° y párrafo último; 138, 139, párrafo segundo (autores al buen tun tun), 142 (ídem), 201, 203, 204, 207, 208, 211, 235, párrafo segundo; 250, 266 y 283 del Código penal de la Marina de guerra.

género, gobierna ya ella sola las acciones humanas—lícitas ó delictuosas—, ¿cabe dejarla aún más sola? No la acompaña nadie; ¿á quién habrá que quitar del medio ó atar corto, para entregarla, más completamente de lo que las tiene, las riendas del obrar? Esto es, sin embargo, lo que parece que debería llevar consigo la admisión de agravantes, que no pueden producir el efecto de aumentar la pena, sino porque aumentan la imputabilidad: como las atenuantes rebajan aquélla por aminorar ésta, en atención á que privan precisamente al individuo de su pleno autodominio consciente, haciéndoselo compartir con cierta parte de causalidad inconsciente y entrabadora de la propia espontaneidad.

Sólo que, como apuntábamos, las circunstancias que, influyendo sobre el estado espiritual del delincuente, toman los escritores y los códigos en concepto de agravantes (v. g., las antes mentadas), en vez de dar mayor espontaneidad consciente, la quitan ó la merman. El reincidente (en quien parece darse un hábito más ó menos arraigado de delinquir: y el hábito, ya se sabe, no es favorable á la conciencia, sino enemigo de ella y tendente al automatismo), el que obra con ensañamiento, con alevosía, etc., demostrando perversidad, según á menudo se dice, no parecen más dueños únicos de sí y de su conducta, sino menos, que los no reincidentes, no alevosos, no perversos; y por lo tanto, según la doctrina de la imputabilidad y la responsabilidad generalmente admitida, estas circunstancias, mejor que agravantes, deberían ser atenuantes, cuando no excluyentes.

Hay una razón poderosísima para que el cambio no se verifique, y es la que presiente y ha tenido en cuenta, iba á decir que sin duda, el legislador, como la tienen también los escritores que á éstos inspiran. Pero es una razón incompatible, en rigor, con la doctrina generalmente admitida acerca de la imputabilidad. Por eso he dicho que la que sirve de guía al legislador y á los escritores para formular sus tesis y preceptos no es siempre (quizás sea mejor decir que no lo es casi nunca)

la que se figuran ellos y de la que expresamente se reconocen secuaces. Como á menudo ocurre, cree uno ser de una manera y seguir á su discreción un derrotero determinado, y sin saberlo ni quererlo es de otra manera distinta y va por un camino que no es el elegido por él. El reincidente y el alevoso, si, en cuanto tales, no tienen más autodominio consciente que los que no lo sean, sino en todo caso menos; y si, por lo tanto, el ser reincidentes ó alevosos no les hace más imputables y responsables que los que obran en condiciones distintas que ellos, sino menos acaso (1), por otro lado, parece innegable que la reincidencia y la alevosía, en igualdad de las demás condiciones, son signos denunciadores de mayor peligro en quienes concurren, que en aquellos á los cuales no acompañen. Y entonces, el problema se pone de otro modo; y para resolverlo se acude á otros datos que el de la conciencia y la voluntariedad. Cuanto más quepa hablar de peligro, menos cabrá referirse á estas últimas, ya que el peligro proviene de causas naturales que esclavizan el alma y la privan de su dirección exclusiva y consciente. Parece que se trata de dos elementos antitéticos: de manera que, á mayor autodominio (fuerza de voluntad), menos automatismo en la conducta y menos peligro proviniente de causas que se sobreponen á la propia dirección consciente, esclavizándola; y al contrario, allí donde el peligro es grande, porque la voluntad del sujeto se halla encadenada á otras causas que á la propia conciencia y á su consiguiente dirección espontánea, allí es donde menos base queda para la imputabilidad y la responsabilidad, á tenor de la teoría más aceptada.

Así, pues, ó, en homenaje á esta última, se declara inimputables, ó menos imputables, á aquéllos individuos que precisamente ofrecen mayor peligro para la existencia social, como son los reincidentes y otros tales, á los que llegamos á veces á

(1) Hay por eso quien llega á negar á los reincidentes la capacidad de derecho penal, es decir, la de sufrir eficazmente la pena (que para ellos debe ser por su esencia intimidadora), por lo que los excluyen de la esfera penal propiamente dicha.

calificar incluso de fieras y mónstruos humanos (ejemplos: el parricida, el violador de su propia hija, el perverso, etc.); ó, de querer admitir su responsabilidad, y hasta su responsabilidad mayor que la de los hombres verdaderamente dueños de sus actos y sujetos morales de ellos, preciso es buscar para tal responsabilidad otra base que la de que generalmente se habla, ó sea la de la voluntad consciente. Esa base sería el peligro. Con lo que la cuestión, repito, cambia de posición. Siendo otros los ejes que sirven de soporte á la pena, el sentido de la misma se altera. Pero de esto ya se hablará después. Por el momento, basta con que quede sentado que nuestro legislador, como lo demuestra la doctrina á que obedece su criterio de las circunstancias, se atiene menos de lo que él mismo parece pensar á los principios que se tienen por indiscutibles y cardinales en punto á la causa del delito y á las correspondientes derivaciones penales de ella. Añadiré solamente que en la misma vacilante disposición de espíritu que él se encuentran en el día de hoy, y cada vez con intensidad más apremiante, los demás legisladores, y juntamente con ellos, y como precediéndoles, los escritores. Una de las cosas que más les preocupan es la del comportamiento penal que conviene seguir para con los llamados semirresponsables, ó sea para con todos aquéllos que, siendo menos dueños de sí mismos y menos responsables, por consiguiente, que los tenidos por normales, ofrecen, sin embargo, más peligro y originan mayor alarma y más intranquilidad social que estos últimos, y requieren, por lo tanto, mayor fuerza en los que se llaman «medios y resortes de defensa social».

VIII

SIGUE EL EXAMEN DE LA MISMA CUESTIÓN

Cuando se leen y se consideran atentamente las distintas prescripciones de nuestro Código penal (ó de otros, pues por este respecto hay entre ellos gran semejanza), aproximando las unas á las otras, por apartadas que ellas estén, y mirándolas

en conjunto, como constituyendo un todo orgánico cuyos componentes se integran y sostienen de manera recíproca, es fácil percatarse, me parece á mí, de que la teoría de la imputabilidad en que el mismo se inspira, y que impone con carácter obligatorio, no tiene la sencillez que á menudo se piensa. Igual sucede con las obras de los escritores y tratadistas: examinándolas detalladamente, viendo las soluciones y afirmaciones que van diseminando aquí y allá á medida que desarrollan su pensamiento, y poniendo en parangón lo sentado en unos sitios con lo establecido en otros, viene uno á la conclusión de que, para imputar los delitos, se atiende á elementos de gran variedad, y no pocas veces hasta contradictorios, cuando menos á primera vista. La doctrina de la imputabilidad, que es tanto como decir la del concepto del delito por parte de sus requisitos internos, de su génesis psicológica—pues los delitos, según lo que á todas horas estamos oyendo y leyendo, se imputan á quien ha sido su autor psicológico y en cuanto lo ha sido—, es de una complicación extrema; y si los que la formulan concretamente, v. g., en un capítulo, se fijaran en las opiniones y tesis que ellos mismos mantienen luego en otros capítulos y en otros mil pasajes, advertirían la incompletud, deficiencia ó quizás error de la misma, y la consiguiente precisión de rectificarla ó completarla.

Como ya queda dicho, el Código penal común vigente entre nosotros exige, para que una acción pueda ser tenida por delictuosa, que sea «voluntaria». Pero después, ni vuelve apenas nunca á usar esta palabra (1), ni hay tampoco manera de

(1) La cual, en cambio, se encuentra con bastante frecuencia, y aun á veces profusamente, en muchos de los tratados de extradición celebrados entre España y otras potencias. Pueden verse, entre otros, los convenidos con Austria (fecha 17 Abril de 1861), art. 2.°, número 3.°; con Portugal (25 Junio de 1867 y 27 Mayo de 1868), artículo 3.°, núms. 1.° y 5.°; con Italia (3 Junio de 1868), art. 2.°, números 2.° y 6.°; con Bélgica (17 Junio de 1870), art. 2.°, núm. 2.°; con Francia (14 Diciembre de 1877), art. 2.°, núms. 4.°, 6.° y 24; con Alemania (2 Mayo de 1878), art. 1.°, núms 2.°, 6.°, 15, 28, 31, *a*), *b*), 32 y 33; con la República Argentina (7 Mayo de 1881), art. 2.°,

llegar á saber de un modo claro qué significación ó contenido le atribuye (1). En cambio, se sirve á menudo de otras diversas voces, todas las cuales se refieren al mundo interior del delincuente; y habría que averiguar, en lo tanto, la relación que ellas guardan con la voluntad, ya en sí, ya en el sistema mental del legislador. En el articulado del Código (como fuera de él, en otras leyes, en los tratados de extradición, en escritos, disertaciones, etc.) se habla bastantes veces, ya se ha visto, por ejemplo, de malicia, de intención, de propósito, de ánimo, de á sabiendas ó sabiendo, de objeto y fin, de motivo, de móvil, de dolo, engaño y fraude, y de otras cosas semejantes (2), las cua-

---

números 6.°, 11, 12 y 13; con Rusia (12-24 Abril de 1888), art. 2.° núms. 1.°, *a*), *d*), 6.°, 9.° y 10; con Dinamarca (12 Octubre de 1889), artículo 1.°, núms. 2.°, 6.°, 13, 21, 25, 28, 29 y 30; con Guatemala (7 Noviembre de 1895), art. 2.°, núm. 20, párrafo segundo; con el Perú (23 Julio de 1898), art. 2.°, núm. 16, párrafo segundo; con los Estados Unidos (15 Junio de 1904), art. 2.°, núms. 1.° y 6.°; con Cuba (26 Octubre de 1905), art. 2.°, núms. 1.° y 17, párrafo segundo; etc. De advertir es que en algunos tratados, como los celebrados con Inglaterra (4 Junio de 1878) y con los Países Bajos (29 Octubre de 1894), se esquiva el empleo de los términos «voluntario», «voluntariamente», no haciendo uso nunca de ellos, y se ponen en lugar suyo los de «intención», «intencionadamente», y otros análogos (que también se encuentran á menudo en los otros tratados que se sirven de la voz «voluntad»): de donde parece resultar claramente que lo voluntario y lo intencional se equivalen en tales casos y, por consecuencia, que los actos realizados sin intención (v. g., los culposos) *no son voluntarios*, ni en lo tanto delitos, según las partes contratantes, una de las cuales es el legislador español. Se encuentra asimismo la palabra de referencia, ya en cuanto sustantivo ó ya como adjetivo ó adverbio, además de en los lugares ya citados, en el art. 292 del Código de justicia militar y en los artículos 4.°, párrafos segundo y tercero, 123, núm. 4.°, y 282 del Código penal de la Marina de guerra.

(1) Con suma frecuencia, se toma lo voluntario como equivalente de lo libre, y se afirma, ó se da á entender, que ningún acto puede ser calificado de aquel modo, como no vaya acompañado del aludido libre albedrío, esto es, de una absoluta indeterminación causadora. Mas, según dijimos poco antes, el legislador español no hace jamás declaración alguna á este respecto. Ni siquiera incidentalmente se le escapan nunca los vocablos respectivos (véase antes la nota 4 de la p. 64, al final), ni hay tampoco en sus expresiones referencias claras é inequívocas á ellos.

(2) Por ejemplo: la relación de finalidad expresada por el término «para» se encuentra, no sólo en los casos ya citados (p. 61,

les se hace preciso saber en qué consisten y si son ellas indispensables para que la voluntariedad y, por lo tanto, el delito (acción «voluntaria», según el Código común) existan. Pues, en caso afirmativo, donde no haya malicia, dolo, fraude, deliberación, intención (de dañar, de injuriar, de obtener un resultado determinado, ilícito ó dañoso ...), propósito, ánimo, etc., no habrá nunca delito, por no haber voluntad; mientras que, en el caso contrario, no siendo precisa la presencia de ninguno de los

---

nota 5), sino: en el Código penal común, arts. 8.º, núm. 7.º, 138, número 3.º, 150, 304, 312, 328, 351, 396, 397 y 505; en el Código de justicia militar, arts. 222, números 3.º, 4.º y 5.º, 223, números 3.º y 5.º, 235, 248, 250, 292, 294, número 4.º; en el de la Marina de guerra, artículos 10, número 7.º, 88, 116, núms. 1.º, 2.º y 3.º, 282, 290, párrafo primero, 291 y 300; en la ley electoral, art. 65, número 7.º; en la ley sobre mendicidad de los menores, art. 2.º, número 1.º; en la de propiedad industrial, art. 134, párrafo tercero; en el reglamento de sanidad exterior, art. 238, párrafo tercero; en el tratado de extradición con Alemania, art. 1.º, números 30 y 32; en el tratado con Dinamarca, art. 1.º, número 7.º, y en el con Rusia, art. 2.º, número 20. La misma relación de finalidad, significada con la frase «tender á», se halla en el art. 65, núm. 11 de la ley electoral, y en el art. 132 de la ley sobre propiedad industrial; y con la palabra «miras», en el art. 123, núm. 5.º, del Código de la Marina de guerra. La de «mala fe», en la ley de propiedad industrial, art. 141. La noción de «premeditación», en el Código de la Marina de guerra, art. 15, circunstancia 5.ª La de «deliberación», en este mismo Código, arts. 15, circunstancia 4.ª, 231, 233 y 307, y en el de justicia militar, art. 270. La de «causa [motivo ó razón] legítima», en el Código común, arts. 342 y 346, párrafo tercero («justa» causa); en la ley electoral, arts. 62, 68, núm. 3.º, 84 y 85; en el Código de justicia militar, art. 276; en el de la Marina de guerra, arts. 147, núm. 2.º, 167, 172, 173, 175, núm. 2.º, 178, 179 y 212, y en el reglamento de sanidad exterior de 1909, art. 235. La de «culpa» (fuera del empleo, frecuentísimo, de la voz «culpable», como equivaliendo á la de sujeto ó agente del delito, al que también se la denomina á menudo «delincuente», «reo», «acusado», «condenado», «penado», «agente», etc.), en este mismo Código, art. 10, núm. 8.º Las de «negligencia» y equivalentes, en el dejusticia militar, arts. 252, párrafo segundo (donde la negligencia equivale á omisión), 274 y sigs., 306, párrafo segundo, 329, núm. 7.º; en el de la Marina de guerra, artículos 174, 180, 182 y sigs., 191 y sigs. hasta el 198 (que habla de «impericia», mentada también en el epígrafe del correspondiente capítulo) y 318 (también «impericia»); en el reglamento de policía de minas de 15 de Julio de 1897, art. 180; en la ley municipal de 2 de Octubre de 1877, art. 83; en el reglamento de instalaciones eléctricas, arts. 39 y 40, regla 6.ª...

elementos á que nos acabamos de referir, para que haya voluntad delictuosa, se hace necesario determinar el papel que esos datos—declarados imprescindibles, no obstante, muchas veces, por el legislador, con palabras expresas y claras—desempeñan dentro del sistema penal que el mismo pretende imponer como legalmente obligatorio. ¿Hay alma delincuente (condición imprescindible de imputabilidad, responsabilidad y pena) allí donde no hay malicia, intención, ánimo, propósito, dolo? Si la hay, según el pensamiento del legislador español, ¿qué es lo que la caracteriza, y á qué obedece entonces el empleo frecuente de aquellos términos, como requisitos *sine quibus non*, por lo menos de ciertos delitos?

No se equivocará uno gran cosa, probablemente, asegurando que el legislador ha salido de sus compromisos de cualquier manera, sin pensar mucho en lo que hacía y sin temor á soluciones incongruentes. Lo que es muy común en la vida, pues ésta tiene é impone sus exigencias con imperioso apremio, cuidándose poco de si las mismas contravienen ó no á las construcciones mentales de los hombres, construcciones que éstos querrían fuesen siempre acompañadas de una lógica impecablemente orgánica.

Según lo antes mostrado, el Código penal español parece distinguir en algunos artículos (el 1.º, el 9.º, circunstancia 3.ª, los 19-21, el 65, el 85, el 366, el 371, el 406, el 426, el 581, el 605, núm. 3.º, el 611 reformado por la ley de 3 de Enero de 1907 y el 619) la voluntad de la intención, dando á entender de manera bien clara que esta última no necesita intervenir para que la primera exista, y que, por lo tanto, hecho voluntario, ó lo que es igual delictuoso (art. 1.º), y hecho intencional no tienen que coincidir forzosamente (1). Pero, otras

(1) Lo mismo pasa con algunos artículos de otras leyes y de no pocos tratados de extradición: por ejemplo, el 68 de la ley electoral (que determina diferentes modos de ser cometido el delito de coacción electoral, «*aunque no conste ni aparezca la intención* de cohibir ó ejercer presión sobre los electores», por lo que se puede dar perfectamente aquí la acción voluntaria—sin lo cual *no* sería

veces, la voluntariedad criminal no se da, como no medie la intención, y ésta es indispensable para que el delito exista (1). Por eso «no delinque y, por consiguiente, está exento de responsabilidad criminal el que, con ocasión de ejecutar un acto

---

delictuosa—sin que intervenga la intención); el 7.° de la ley sobre cables submarinos («cuando un buque hiciere *voluntariamente* operaciones..., aun cuando el capitan ó patrón no tuviere *intención* de causar daño»); el 14 del real decreto de 1884 sobre montes («los que *intencionadamente, por negligencia ó por descuido* [que siendo, por fuerza voluntarios, pues de otro modo no constituirían delito, no pueden ser intencionales] causaren un daño... serán castigados...»); el 10 del reglamento de 8 de Setiembre de 1878 sobre policía de ferrocarriles («incurre en la pena... al que *de intento ó por omisión ó descuido* deteriore ó destruya...»); los artículos del Código de justicia militar y de la Marina de guerra citados al final de la nota de la página 90, donde hay alguno que habla expresamente de *negligencia culpable* (el 329, núm. 7.°, del Código de justicia militar), concepto que, naturalmente, dan por supuesto todos los demás, por cuanto si la negligencia (ó la impericia) no fuera culpable, que es como decir «voluntaria», no sería punible; el art. 226 del reglamento de sanidad exterior de 1909, art. 229 (que pena el *descuido imputable*, el cual, para serlo, parece que tiene que ser «voluntario»); el art. 2.°, núm. 13, del tratado de extradición con el Perú; el art. 2.°, núm. 9.° del con los Estados Unidos; el 1.°, núms. 15 y 24 del con Alemania; el 2.°, núm. 2.°, del con Bélgica; el 2.°, núms. 4.° y 6.°, del con Francia; el 1.°, núm. 21, *b*), del con Inglaterra; el 1.°, número 13, del con Dinamarca; el 2.°, núm. 12, del con la República Argentina... Como muestra de la redacción de las disposiciones de estos tratados, he aquí algunas de ellas, á las cuales se parecen las demás: art. 2.°, núm. 15, del tratado con Alemania: «Por golpes, heridas ó malos tratamientos *voluntarios*... cuyas consecuencias produzcan... una mutilación grave ó la muerte, *sin intención* de causarla». Art. 2.°, núms. 4.° y 6.°, del tratado con Francia: «Las lesiones y heridas causadas *voluntariamente, con premeditación*, ó cuando den por resultado una mutilación ó la muerte *sin intención* de causarla; el homicidio por imprudencia, negligencia, torpeza ó falta de observancia de los reglamentos... La administración *voluntaria* y *culpable*, aunque *sin intención* de causar la muerte, de sustancias que puedan ocasionarla ó alterar gravemente la salud» (cf. con el art. 432 del Código penal común).

(1) Algún caso hay en que la palabra «voluntariedad» está usada precisamente como idéntica á la de «intención» y excluyendo de su círculo de una manera expresa (por antítesis) los actos no intencionales, pero ejecutados por negligencia ó descuido. Tal sucede con la ley de protección á los cables submarinos, cuyo art. 3.° dice textualmente: «La rotura ó deterioro de un cable submarino hecho *voluntariamente*, ó *por descuido culpable* [que será, pues, culpable *sin ser* voluntario], será castigado...»

lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa *ni intención* de causarlo (art. 8.º, núm. 8.º, del Código penal común y art. 10, núm. 8.º, del de la Marina de guerra); y por eso también, á no mediar inexcusablemente la *intención* de lucro, no se pueden dar ciertos delitos de falsedad (arts. 316, 317, párrafo 2.º, y 319 del Código penal común) (1), ni cierta forma de hurto (art. 530, número 2.º) (2); como, á no mediar *intención*, negligencia ó descuido, no son imputables ni punibles ciertos daños causados á terceras personas (artículo 619 del Código penal) (3), y á no mediar *intención* manifiesta de injuriar, no es posible aumentar la pena establecida para las lesiones menos graves, que sin aquella intención quedan reducidas al que podemos llamar tipo ordinario (art. 433, párrafo 2.º del Código penal) (4).

Fuera del Código común, se adopta también la voz «intención», ó sus análogas «intencionado», «intencionadamente», ya como en equivalencia de la de «voluntad» ó «volunta-

---

(1) Art. 316: «El que á sabiendas presentare en juicio ó usare, con *intención de lucro*, un documento falso será castigado...» Artículo 317, párrafo segundo: «El que hiciere uso de un despacho telegráfico falso *con intención de lucro*, ó deseo de perjudicar á otro será castigado...» Art. 319: «El que, sin haber tomado parte en la falsificación [de documentos privados], presentare en juicio ó hiciere uso, *con intención de lucro*, ó en perjuicio de tercero y á sabiendas, de un documento falso incurrirá en la pena...». Cf. el tratado de extradición con Cuba, art. 2.º, núm. 13.

(2) Art. 530. «Son reos de hurto...: 2.º, los que encontrándose una cosa perdida y sabiendo quien es su dueño se la apropiaren *con intención de lucro*».

(3) Art. 619: «Los que *intencionalmente*, por negligencia ó por descuido, causaren un daño cualquiera no penado en este libro [en el tercero, que trata de las faltas], ni en el anterior [que trata de los delitos], serán castigados...». Cf. el art. 14 del real decreto de 1884 sobre montes, el 10 del reglamento de policía de ferrocarriles, etc.

(4) Art. 433: «Las lesiones... se reputarán menos graves y serán penadas con el arresto mayor, ó el destierro y multa de 125 á 1.250 pesetas, según el prudente arbitrio de los tribunales. Cuando la lesión menos grave se causare *con intención manifiesta de injuriar*, ó con circunstancias ignominiosas, se impondrá, *además* del arresto mayor, una multa de 125 á 1.250 pesetas». Es decir, que la intención manifiesta de injuriar sirve de fundamento para convertir la pena alternativa en pena conjunta.

rio» (1), ya con una significación más restringida que la que se suele y puede dar á estas. Dicha significación estricta, que yo no sé si cabría llamar técnica, y con arreglo á la cual quedan fuera del círculo del delito muchas acciones voluntarias, pero no intencionales, es la que tiene uno que reconocer cuando la intención está calificada por la ley en algún sentido concreto: v. g., cuando se dice intención *de causar daño* (2), *de matar ó causar daño á personas* (3), *de perjudicar á otro* (4), *de lucro* (5), *de robar dinero ó valores* (6), *de destruir ó echar á pique un buque* (7), *de hacer naufragar, varar, destruir ó inutilizar una embarcación* (8), *de poner en peligro la vida de los viajeros de un tren* (9), *de fraude ó fraudulenta* (10), *de cometer un delito* (11), etcétera.

Bien merece el asunto, á juicio mío, que se le consagre alguna atención, para ver de desentrañar su fondo, bastante enmarañado y oscuro.

---

(1) Tal ocurre, no sólo en el citado art. 3.° de la ley de cables submarinos, sino también, á lo que parece, en el 224, núm. 1.°, del Código penal militar; en el 118, párrafos primero y segundo, del de la Marina de guerra; en el 63, párrafo segundo, de la ley electoral; en el 2.°, núm. 1.°, del tratado de extradición con Guatemala (lo que en otros tratados se llama «voluntario» se denomina aquí «intencional»); en el art. 2.°, núm. 7.°, B, del con los Estados Unidos; en el 1.°, núms. 4.°, 13, 16 y 17, del con los Países Bajos (también aquí es «intencional» ó «intencionado» lo mismo que es «voluntario» en otros tratados); el art. 2.°, núm. 19, del con Inglaterra...

(2) Ley de cables submarinos, art. 7.°

(3) Tratado de extradición con Inglaterra, art. 2.°, núm. 21, *d*).

(4) Idem íd. con Alemania, art. 1.°, núms. 23 y 24.

(5) Idem íd. con Cuba, art. 2.°, núm. 13.

(6) Idem íd. con Inglaterra, art. 2.°, núm. 11.

(7) Idem íd. con los Estados Unidos, art. 2.°, núm. 7.°, B.

(8) Idem íd. con los Países Bajos, art. 1.°, núm. 19.

(9) Idem íd. con Inglaterra, art. 2.°, núm. 19, y con los Países Bajos, art. 1.°, núm. 21.

(10) Idem íd. con Alemania, art. 1.°, núm. 23, y con Dinamarca, art. 1.°, núm. 20.

(11) Idem íd. con los Estados Unidos, art. 2.°, núm, 9.°

IX

VARIOS GRADOS DE VOLUNTARIEDAD

A poco que se fije uno en el significado atribuído á la palabra «intención» en los varios artículos del Código común y en los demás preceptos legales donde la misma está empleada, advierte que no es igual en todos ellos. Y esto no puede menos de engendrar confusiones y dificultades. En el art. 8.°, núm. 8.°, en el 9.°, circunstancia 3.ª, y en el 619, por ejemplo, del Código penal común—á los que podemos añadir el 124, núm. 1.°, del Código de justicia militar; el 10, núm. 8.°, el 13, circunstancia 3.ª, y el 118, párrafos primero y segundo, del de la Marina de guerra; el 14 del real decreto de 1884 sobre montes; el 10 del reglamento de 1878 sobre policía de ferrocarriles; el 63, párrafo segundo, de la ley electoral; el 1.°, números 4.°, 13, 16 y 17, del tratado de extradición con los Países Bajos; el 2.°, núm. 1.°, del tratado con Guatemala; el 2.°, núm. 38, *d)*, del tratado con Francia; y algún otro todavía—, tiene, yo creo que sin duda alguna, otro sentido dis· distinto que en los artículos 316, 317, párrafo segundo, 319, 433, párrafo segundo, y 530, núm. 2.°, del mismo Código común; distinto así bien del que le dan el art. 7.° de la ley de cables submarinos, el 68 de la ley electoral, el 1.°, núms. 15, 23 y 24, del tratado de extradición con Alemania; el 2.°, número 2.°, del con Bélgica; el 1.°, números 13 y 20, del con Dinamarca; el 20, números 4.° y 6.°, del con Francia; el 2.°, núms. 11, 19 y 21, *d)*, del con Inglaterra; el 1.°, núms. 12, 19 y 21, del con los Países Bajos; el 2.°, núm. 12, del con la República Argentina; el 2.°, núm. 13, del con el Perú; el 2.°, número 13, del con Cuba; el 2.°, núm. 9.°, del con los Estados Unidos. En aquéllos hay, por decirlo así, una *única* intención, y en éstos, por el contrario, una intención doble, ó sea una *segunda* intención, *además de la primera*, que allí se da. Para que un hecho se pueda decir intencional, según los citados

textos de los artículos 8.º, 9.º y 619 del Código común y los demás que quedan mencionados al par de ellos, basta con que el resultado obtenido por el agente haya sido el mismo que él previó y que, por haberlo previsto y habérselo representado mentalmente de antemano («entrando en sus planes», según es frecuente decir), lo haya querido y ejecutado conforme á su propósito. Interviene, por lo tanto, la intencionalidad, cuando las cosas del mundo exterior han llegado á ponerse, gracias á la acción voluntaria del agente, *lo mismo que él pretendía ponerlas*, existiendo, pues, *una ecuación perfecta* entre el nuevo orden ó la nueva situación, mentalmente construídos y consciente y finalistamente buscados, y el nuevo orden ó la nueva situación de cosas, realmente establecidos. Las consecuencias que mi acción, voluntariamente puesta, ha producido son justamente las que yo deseaba que produjese: en tal caso, estas consecuencias han sido intencionales. Aquí hay voluntad de la acción en sí, voluntad de la causa ó el medio, y voluntad del efecto ó del fin obtenido.

Pero si, al revés, mi acción hubiese traído en pos de sí ciertos resultados externos, ciertos cambios en el orden exterior, no previstos por mí, que no entraban en mis cálculos, entonces estos cambios no pueden calificarse de intencionales. Y es claro: si el acto material realizado lo separamos de los efectos que ha producido, pueden darse estas combinaciones: acto voluntario (en sí), con consecuencias ó efectos intencionales, que, por ser intencionales, pueden también ser llamados voluntarios; acto voluntario, con consecuencias imprevistas, preterintencionales, involuntarias; acto voluntario, con consecuencias no determinadamente previstas y voluntarias, pero tampoco del todo imprevistas, involuntarias ó no intencionales; acto involuntario, con consecuencias aceptables y como voluntarias *a posteriori;* acto involuntario, con consecuencias involuntarias ó no intencionales. Estas varias combinaciones darían lugar al llamado *dolo concreto*, específico ó determinado; á la culpa, negligencia ó imprudencia; al dolo

genérico; á la *ratihabitio,* ratificación, aprobación, apología ó intervención criminal *ex post;* y al accidente impensado ó fortuíto (1). Y según cuál ó cuáles de estos elementos sean los que constituyan la voluntariedad y la intencionalidad indispensables para que el delito exista, así podrá ó no aplicarse la calificación de delictuosas á determinadas acciones y modos de obrar, á tenor de la letra y el espíritu de nuestras leyes. Pero si el acto material no se separa de las consecuencias por él producidas, por cuanto aquél, con relación á éstas, tiene que hallarse conexionado, no sólo con vínculos de causalidad material, sino también de causalidad moral, consciente, deliberada, teleológica; si los resultados del propio hacer forman un todo indivisible con éste, y en tanto pueden ser incorporados al propio hacer en cuanto, lo mismo que el acto material de que provienen, hayan estado, antes que en la realidad externa, en la mente del agente que los previó para darles vida, y que, sólo por haberlos previsto, los buscó deliberadamente, y deliberadamente consiguió darles efectividad, en ese caso—ya se ha dicho—lo intencional en este primer sentido es lo único que puede constituirse en materia delictuosa é imputable: quedando fuera del concepto del delito, susceptible de imputabilidad, toda consecuencia no prevista de cualquier acto propio, cuya falta de previsión envolvería falta precisamente de voluntariedad y, consiguientemente, de imputabilidad y punibilidad. Lo no querido directamente (como los efectos de la negligencia, imprudencia, descuído, etc., ó los originados por un acto propio, pero sin perseguirlos el agente, y hasta á su pesar y contra su verdadero deseo) no sería delito, por no tener el encadenamiento interno indispensable con el sujeto, para que á éste se le pueda llamar autor de ello.

Pero de esto ya se habló bastante más atrás. Lo que inte-

(1) Aun podrían añadirse los casos en que intervienen las llamadas «causas de justificación» (defensa legítima, estado de necesidad, obediencia debida, justo dolor, etc.), de «inimputabilidad», «excusas», «exenciones», «atenuantes» y demás análogas.

resa ahora es fijar el concepto que de la intención se tiene formado nuestro legislador, principalmente en el Código común, y saber si requiere, y hasta qué punto, que la intención intervenga inexcusablemente para que el delito exista. Y ya se va viendo que, por lo menos en varios casos, la intención, en el primero de sus sentidos, explicado en las anteriores líneas, no es necesaria. Así resulta de la lectura de diferentes artículos en que se hace uso de esta palabra (1), como así bien de la de otros, en los que, sin emplearla expresamente, se utilizan otras que pretenden indicar la misma idea (2). En efecto, lo mismo el Código penal que los demás cuerpos legales y otras disposiciones vigentes, se sirven á menudo de las voces «ánimo», «propósito», y sus variantes y derivados, para designar el elemento de la intención, como equivalente á resultados previstos, previamente calculados y conscientemente perseguidos de los propios actos. Son de recordar á este respecto los artículos 1.º, párrafo tercero (3), 10, circunstancia 4.ª (4), 65, números 1.º y 2.º (5), artículo 425 (6), artículo 426 (7),

---

(1) Tales, v. g., el 9.º, circunstancia 3.ª, y el 619 del Código penal común; el 13, circunstancia 3.ª del de la Marina de guerra; el 7.º de la ley de cables submarinos; el 14 del real decreto de 1884 sobre montes; el 10 del reglamento sobre policía de ferrocarriles; el 68 de la ley electoral; el 1.º, núm. 15, del tratado de extradición con Alemania; el 2.º, núm. 2.º, del tratado con Bélgica; el 1.º, núm. 13, del tratado con Dinamarca; el 2.º, núms. 4.º, 6.º y 38, *d*), del tratado con Francia; el 2.º, núm. 12, del tratado con la Argentina; el 2.º, núm. 13, del tratado con el Perú.

(2) Pueden consultarse, v. g., el art. 1.º párrafo tercero, el 65 y el 612, en relación con el 611 (modificados por la ley de 3 de Enero de 1907), del Código común, y así bien otros equivalentes á ellos, y que se citan después, de otras leyes y de los tratados de extradición.

(3) Ya citado antes textualmente, p. 69.

(4) Art. 10. «Son circunstancias agravantes... 4.ª Ejecutarlo [el delito] por medio de ... varamiento de nave ó avería causada *de propósito*...»

(5) También reproducidos textualmente más atrás, p. 71.

(6) Art. 425. «El que *de propósito* causare un aborto será castigado...»

(7) Art. 426. «Será castigado ... el aborto ocasionado violentamente, cuando no haya habido *propósito* de causarlo.» Se trata, pues, de un hecho preterintencional, de un hecho involuntario (de

artículo 429 (1), artículo 430 (2), así como también el artícu-

efectos ó consecuencias involuntarias), pero punible, no obstante. La razón de su punibilidad no será la intención, la voluntad directa, sino la indirecta ó culpa (imprudencia, negligencia, etc.). ¿Por qué, entonces, penarlo como hecho intencional ó doloso, en vez de penarlo—si se le incluye entre los punibles—como imprudente (artículos 581 y 619)? Algo análogo cabe observar respecto á lo prescrito en los arts. 9.º, circuntancia 3.ª, y 65, núms. 1.º y 2.º: aunque en los casos á que éstos se refieren, más que la denominada culpa pura, se da la que llaman culpa mixta de dolo y culpa, en cuanto el hecho ejecutado por el agente, y el cual ha traído consecuencias impensadas para él mismo, pero perjudiciales, era ya en sí doloso y punible (v. g., cuando unas simples lesiones voluntarias y previstas han originado un homicidio imprevisto, ó el incendio conscientemente buscado de un pajar ha sido causa, involuntaria en el autor, de que se queme una manzana de casas). Quizá la punibilidad de todos estos casos (los de los arts. 1.º, párrafo tercero, 9.º, circunstancia 3.ª, 65, reglas 1.ª y 2.ª, 426 y otros semejantes) se halle en la presencia de una cierta intención de dañar (dolo indeterminado), aunque no directa de producir un daño concreto y específico; y acaso por eso se estiman tales hechos como voluntarios, dolosos é intencionales (con intención indirecta), y no meramente imprudentes: con lo que se comprende la impunibilidad de la hipótesis á que se refiere el núm. 8.º del art. 8.º, ya que aquí no solamente no había intención directa de causar el mal que se ha causado (mal no previsto, ni presente, por lo tanto, en la conciencia del sujeto), sino que no ha habido tampoco imprudencia (pues se ha obrado con la diligencia debida), ni intención indirecta ó general, ó sea culpa mixta de dolo, supuesto que el hecho causante del mal originado era un hecho lícito en sí. De aquí que, en repetidas sentencias (v. g., en la de 17 de Noviembre de 1892, ya citada en la nota de la p. 69), tenga declarado el Tribunal Supremo que, para poder considerar como ejecutado con imprudencia un delito, es indispensable que el hecho de donde el daño ha provenido fuera en sí mismo inocente: pues, de ser ya en sí delictuoso, hay que presuponer en su autor la intención mala, que excluye la imprudencia (hacer culposo, y no doloso).

(1) Art. 429. «El que *de propósito* castrare á otro será castigado...» Si, acometiéndole con una navaja, á fin de causarle lesiones (ó sólo blandiéndola, para atemorizarle), lo castrare, sin haber previsto ni perseguido la castración, ¿caería el delincuente bajo la sanción de este artículo—reclusión temporal á perpetua—, ó bajo la de la regla 1.ª del art. 65, en combinación con el 431 en alguno de sus extremos (¿en cuál de los varios que abarca?), ó en la de los artículos 581 ó 605, núm. 3.º (ó en la del 507)?

(2) Art. 430. «Cualquier otra mutilación ejecutada igualmente *de propósito* será castigada...» La mutilación (como la castración, á que el anterior artículo se refiere) ¿será voluntaria y, por consiguiente, delito, á tenor del art. 1.º del Código, si fuere ejecutada no mediando propósito de causarla? En caso negativo, ¿dejará de ser voluntaria (y delictuosa) por no ser intencional (causada *de propó-*

lo 432 (1), art. 439 (2), art. 516, número 2.º (3), y 612 (reformado por la ley de 3 de Enero de 1907) (4) del Código penal común; los artículos 213, párrafo segundo (5), y 223, número 6.º (6), del Código de justicia militar; los artículos 13, circunstancia 6.ª (7), 15, circunstancia 3.ª (8), 89 (9),

---

sito)? La intención (el propósito, el dolo directo: adecuación entre el resultado previsto y el obtenido por el agente) es entonces, aquí cuando menos, un requisito indispensable de la voluntariedad. ¿Sucede lo mismo en todos los casos? Si no sucede, como lo atestiguan los citados arts. 1.º, párrafo tercero, 9.º, circunstancia 3.ª, 65, reglas 1.ª y 2.ª y demás preceptos citados antes (nota 1 de la p. 98), ¿cuál es la razón de la diferente solución que el legislador adopta en casos que parecen iguales?

(1) Art. 432. «Las penas del artículo anterior [habla de las lesiones graves] son aplicables respectivamente al que sin *ánimo de matar* [y si este ánimo existiere, ¿qué caso tendríamos: el de la regla 2.ª del art. 65, ó el de la 3.ª, es decir, el de la tentativa ó la frustración de homicidio, asesinato, parricidio, regicidio?], causare á otro [¿con ánimo, ó aun sin ánimo directo de causárselas. v. g., por juego, con imprevisión, descuido ó negligencia: art. 619?] alguna de las lesiones graves, administrándole á sabiendas [¿á sabiendas de que se las administraba, ó del efecto que *iban* á producir, ó del que *podían* producir?, porque son cosas distintas] sustancias ó bebidas nocivas, ó abusando de su credulidad ó flaqueza de espíritu» [¿aun sin ánimo de producir las lesiones causadas, que se han verificado á pesar suyo, no queriendo el sujeto originar mal alguno á la víctima crédula ó flaca de espíritu?]

(2) Art. 439. «La autoridad que tuviere noticia de estarse concertando un duelo procederá á la detención del provocador y á la del retado... y no los pondrá en libertad hasta que den palabra de honor de desistir de su *propósito*.»

(3) Art. 516. «El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas será castigado: ... 2.º Con la pena ... cuando el robo fuese acompañado de violación ó mutilación causada *de propósito*...»

(4) Art. 612. «Si los ganados se introdujeren *de propósito*...»

(5) Art. 213, párrafo segundo: «Si el delito ó falta cometida fuese distinto del que se había *propuesto* ejecutar el culpable...»

(6) Art. 223: «Incurrirá en la pena... 6.º El que en campaña ó territorio declarado en estado de guerra inutilice *de propósito* caminos...»

(7) Art. 13. «Podrán estimarse como circunstancias atenuantes... 6.ª La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez no habitual ni buscada *de propósito* para cometer el delito...»

(8) Art. 15. «Podrán estimarse como circunstancias agravantes... 3.ª Ejecutarlo [el delito] por medio de ... avería causada *de propósito*...»

(9) Art. 89. «Si el delito ejecutado fuese distinto del que se había *propuesto* ejecutar el culpable...»

117, número 5.º (1), y 299, número 1.º (2), del Código de la Marina de guerra; el artículo 189 de la ley de reclutamiento y reemplazo del ejército (3); el 82 de la de reclutamiento y reemplazo de la armada (4); el 248, párrafo tercero, del reglamento de sanidad exterior (5): en todos los cuales, sin embargo, el «ánimo» ó «propósito», equivalente á la intención en el primero de los indicados sentidos, ó es enteramente imprescindible para que el delito prefigurado por el Código exista, en cuanto es un requisito expresamente exigido para el mismo por éste (v. g., en el caso del art. 429 del Código común), ó cuando menos lo modifica, agravándolo (como en los casos de los arts. 425, comparado con el 426 y 612). Ahora, en todos estos casos en que la intención, es decir, la realización del propósito ó efecto previsto y consciamente buscado es necesaria, parece que no basta, para que haya delito, con la mera voluntariedad de la acción material efectuada, sino que *además* se requiere la voluntariedad directa de sus consecuencias ó resultados. Y entonces, el estado de alma en el delincuente, que es menester para considerar punibles (imputables) los hechos regulados por los textos legales citados últimamente, es distinto del estado de alma que les basta á los arts. 1.º, párrafo tercero, 9.º, circunstancia 3.ª, y 65, reglas 1.ª y 2.ª del Código común y demás análogos á éstos; y el significado que la voluntariedad —característica del delito, según el art. 1.º, párrafo primero, del Código común—tiene en los unos es diferente de la que tiene en los otros. Lo cual no debe ser olvidado, para darse bien

(1) Art. 117. «Incurrirá en la pena... 5.º El marino que en campaña inutilizare *de propósito* sus armas ó municiones...»

(2) Art. 299. «El culpable del delito de robo con violencia... será castigado: 1.º Con la pena de muerte y degradación, cuando con motivo ú ocasión del robo se cometiese homicidio, mutilación causada *de propósito*...»

(3) Art. 189. «El que *de propósito* se inutilizase para eximirse del servicio militar ... será castigado ...»

(4) Art. 82: «El que *de propósito* se mutilase para eximirse del servicio de la armada...»

(5) Art. 248, párrafo tercero: «Si para realizar su *propósito* [de ejecutar actos considerados como punibles] hubiere maltratado ú ofendido...»

cuenta de las concepciones referentes al delito y á la imputabilidad y la punibilidad que dominan en la mente del legislador nuestro.

Pero éste no da siempre á la voz intención el significado que se acaba de decir. Muchas veces, la emplea—ya de una manera expresa, ya con otras palabras que á la misma equivalen—queriendo designar el móvil personal del autor del acto, el fin ulterior á que va encaminada la realización de éste, y á la consecución del cual fin tienden los resultados exteriores que con el acto se persiguen: resultados que, entonces, no son el objetivo último, previsto en la mente del sujeto, sino simples medios de llegar á él. Las consecuencias (que pueden no haber existido, sino tan sólo ser temidas) perjudiciales ó dañosas (para otros) del propio hacer no constituyen aquí el término final de las aspiraciones, deseos, tendencias ó planes, conscientemente formados y puestos en práctica por el delincuente; esas consecuencias son un término intermedio, encadenado con otro ulterior, también previsto y representado con anterioridad en el espíritu de aquél. Si á la intención, ánimo ó propósito de que tratamos poco hace se les podía llamar, por virtud de las explicaciones que allí se dieron, voluntariedad *de segundo grado*, la intención, ánimo, propósito, fin, objeto, móvil, etc. (pues son muchas las palabras con que se designa la misma relación) de que al presente hablamos puede muy bien recibir el nombre de voluntariedad *de tercer grado*. Recuérdese el modo corriente de hablar, tanto en el lenguaje ordinario como en el de los doctos—reflejo, éste, del primero y como su expresión quintaesenciada y depurada—, donde se usan á menudo las expresiones «segunda intención», «intención oculta», obrar «con escondidas intenciones», ó con intención ó propósito tales ó cuales, y se comprenderá lo que quiero decir.

El primer grado de la voluntariedad, ó la voluntariedad de primer grado, consistiría en la voluntariedad del propio acto ó la propia omisión, con independencia de los resultados exteriores que de los mismos puedan provenir, y sin que el

agente piense en tales resultados, ni se los represente de antemano en su mente, ni los haya previsto, ni, por consiguiente, buscado de una manera conscia, deliberada, voluntaria. El agente no ha querido sino la acción ú omisión en sí misma; las consecuencias exteriores han brotado natural y espontáneamente de ella, ó de su combinación con otros factores igualmente imprevistos, en obediencia simple al encadenamiento causal de las fuerzas naturales, ó á la acción de una tercera persona que se interpone; el sujeto no ha ido deliberadamente tras de aquéllas, pero tampoco se ha puesto por propio y voluntario impulso en disposición de calcularlas y evitarlas. El agente ha sido, por lo tanto, causa moral (voluntaria y consciente) de un acto, bueno ó malo en sí, lícito (1), ilícito (2), ó indiferente, del cual han resultado consecuencias dañosas, punibles, delictuosas, pero imprevistas é involuntarias. Tenemos aquí un mínimo de voluntariedad, y no sé si también de intención (el acto voluntariamente ejecutado ha sido, en cuanto tal, aun cuando no en sus efectos, intencionadamente perseguido), que basta para servir de base á la punibilidad en ciertos casos, pero no en todos (3).

Un segundo grado de voluntariedad consistiría, no sólo en querer la acción ó la omisión en sí, sino también en haberla realizado para que produjese precisamente las consecuencias que ha producido, calculadas y previstas por el agente. Lo importante del obrar, para el actor, estaba, antes, en el hecho mis-

---

(1) Como tiene lugar en la imprudencia, según queda dicho (páginas 69, nota, y 98 y sigs., con sus notas); aun cuando á veces no parece que sea así.

(2) Es cuando se da la mixtión de dolo y culpa, de que se habló antes (p. 98, nota 7).

(3) Artículos 1.º, párrafo 3.º; 9.º, circunstancia 3.ª; 19, regla 1.ª 65, reglas 1.ª y 2.ª; 366, 371, 406, 581, 605, núm. 3.º, y 619 del Código penal: á los que debemos añadir, por contener una doctrina ó un espíritu análogos, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, varios artículos de otras leyes penales especiales, de los tratados de extradición de España con otras potencias y del Código civil, citados en las notas de las pp. 91 y 98 (nota 1), y en la nota 3 de la p. 48.

mo, sin pensar en ulteriores efectos (voluntariedad de primer grado); ahora, lo importante está cabalmente en estos efectos, objetivo que consciente y voluntariamente busca; y el acto, si tiene valor, no lo tiene en sí y como tal, á los ojos de quien lo pone, sino que sólo lo tiene en cuanto es un medio con el cual se logra el fin buscado. Aquí, por tanto, además del mínimo de voluntariedad é intención de que se habló arriba, presuponiéndolo y pasando por encima de él, se da otra etapa de voluntariedad é intención, no existente allí, y es la voluntariedad y la intención del efecto, resultado, consecuencias, ó como quiera decirse, del propio acto. El agente obtuvo exactamente lo que previó, lo que quería, lo que se proponía, aquello á que tendía; no más ni menos. Las consecuencias de su hacer (ú omitir) han correspondido á sus previsiones y deliberados propósitos, á sus intentos y fines, á sus intenciones. Esto es, al parecer, lo que requiere nuestro legislador, de una manera expresa en muchos casos (en todos los de los artículos citados pocas páginas más atrás), para que haya materia punible, ó, mejor dicho, alma delincuente, y lo que requiere quizás en otros muchos, sin decirlo con claridad y precisión, pero presuponiéndolo. La génesis psicológica del delito, lo que se suele llamar elemento interno de él, la causalidad moral—de la que se pretende hacer base para la imputabilidad, la responsabilidad, la punibilidad y la penalidad—no es, por lo tanto, idéntica en este segundo grado de voluntariedad y en el primero; más bien, se trata de dos bases distintas, y lo que basta para unos casos es insuficiente para otros. Con otras palabras: es requerir, en ocasiones, la presencia del dolo, para que el delito imputable exista; y contentarse, en otras, con que la falta de este requisito, tenido por *esencial* generalmente, la supla un elemento que de ninguna manera puede reemplazarlo, por no ser ambos equivalentes, á saber: la culpa, la cual, por lo mismo, tanto puede decirse voluntaria como involuntaria. Es, en suma, darle á la imputabilidad un *doble* fundamento, cuando lo regular es que se crea y se diga que sólo se le da un funda-

mento *único*, aplicable y valedero por igual en todos los casos.

No paran aquí las cosas. Hay todavía una voluntariedad de tercer grado, ó un tercer grado de voluntariedad, que se añade á los anteriores, presuponiéndolos. Mientras el primer grado puede existir sin el segundo, y el segundo sin el tercero, el tercero no puede existir sin el primero y el segundo. Suponiendo que la voluntariedad de primer grado no envuelva intención alguna, ningún *animus* ó propósito, sino el propósito ó el ánimo inmediato de ejecutar ú omitir la accion que se practica ú omite, en sí misma, pero sin enlazarla con más lejanos efectos—por lo cual, esta voluntariedad de primer grado cobija incluso al obrar imprudente, no intencionado (no voluntario, que se dice otras veces) (1)—; suponiendo también que la voluntariedad de segundo grado representa ya una primera intención, la intención de obtener con el propio acto los efectos que del mismo han sido una consecuencia, preciso es decir que la voluntariedad de tercer grado *implica una segunda intención*, además de la primera. El agente en quien se da ese tercer grado no se contenta con prever y desear la acción misma en sí (v. g., el escribir un documento) (2), ni tampoco con representarse mentalmente y con buscar los resultados que de ella han de seguirse inmediatamente (por ejemplo, la falsificación) (3), sino que además prevé y desea la producción de unos resultados más lejanos ó escondidos todavía. No sólo quiere hacer (tirar una piedra), y que de su acción resulte un determinado efecto, resuelta y específicamente (intencionadamente) perseguido (la muerte de un hombre, de Fulano), sino que, llegando más allá todavía, quiere que de estos efectos se sigan

---

(1) Lo voluntario *in causa*, según lo denominan los moralistas tradicionales, ó las *actiones liberae in causa*, que también suelen decir.

(2) Que quien lo escribe puede no saber ni que lo está falsificando, ni el destino que lleva; aunque no lo sepa por su descuido, por no enterarse pudiendo hacerlo, por no tomar las medidas y precauciones pertinentes al caso, etc.

(3) El que escribe puede saber que escribe y falsifica, mas no el objeto ó fin ulterior que la falsificación lleva.

otros, que son los que constituyen su meta mental, intencionada, prevista (mata para robar, ó para heredar al muerto, ó para que éste no le estorbe en sus planes industriales, supongamos, ó amorosos, ó de otra índole) (1). En la mente de quien así se conduce, hay como una serie—que puede ser muy larga—de finalidades sucesivas, de planes ú órdenes, cada uno de los cuales está subordinado dentro de aquélla—es decir, dentro de los propósitos, previsiones y apetencias del agente—á los órdenes siguientes, en relación de medio á fin; y todos ellos lo están al fin terminal, adonde el agente tiende y á cuya obtención se encamina su conducta. Cada una de las etapas por las que es preciso ir pasando para llegar á la última están previstas en el mundo interno del sujeto, enlazándose todas con subordinación jerárquica; todas, pues, son intencionales. Pero mientras hay una intención soberana, que es la final, y que, por decirlo así, da el ser á todas las restantes, éstas, á su vez, aun participando todas del carácter de intenciones intermedias ó subordinadas (algo así como los fines-medios de que muchas veces se habla, ó como los ideales cuya realización prepara la de otros más lejanos), constituyen una serie gradual; y estando unos grados, como forzosamente tiene que suceder, antes que los otros, resulta una escala de intenciones y voluntades, que permite hablar, cual á menudo ocurre, de primeras intenciones, de segundas intenciones, y aun de terceras, cuartas, ulteriores, y hasta innumerables intenciones (2).

---

(1) O también para ahorrarle sufrimientos (como en ciertos casos de ayuda para el suicidio: art. 421 del Código penal), ó para ahorrárselos á otras personas, ó para favorecer á éstas, ó con fines de mejoramiento social (como en casos de rebelión, sedición, regicidio, atentados, etc. etc).

Otro ejemplo. Se pronuncia una frase ó se publica un artículo voluntariamente, pero sin ánimo de injuriar, y de hecho se injuria. O bien, se habla ó escribe con deseo consciente de causar el efecto exterior producido, pero para beneficio social, ó para satisfacer venganzas ú odios personales, con el fin de inutilizar á una persona que nos estorba para escalar un puesto... Los ejemplos que pudieran aducirse son muchos.

(2) ¿Cuántas intenciones pueden discernirse, v. g., en el caso del núm. 4.°, art. 250 del Código penal común, *todas las cuales son nece-*

La cuestión esta de los grados de voluntariedad ó intención, con respecto al obrar de un sujeto, sea el que sea, y por lo tanto, con respecto al obrar de los delincuentes—al efecto de fijar el estado interno que preside á la génesis del delito en el alma de su autor y que sirve de soporte á su imputabilidad y responsabilidad—es, pues, á lo que parece, una cuestión de investigación de previsiones mentales. Todo el que obra quiere establecer un cambio en el orden real. No satisfecho con la posición que actualmente guardan las cosas, pretende modificarla, haciendo que el orden que hoy tienen sea reemplazado por otro, que el sujeto estima preferible. Este nuevo orden, antes de ser un hecho exterior, empieza por ser un hecho interno, una construcción mental de quien apetece implantarlo. Es un orden ideal, que no es aún real, pero que tiende á serlo; y que tiende á serlo, en virtud de una fuerza radicante en el espíritu del que lo concibe y desea. Es un orden interiormente planeado, es decir, previsto y predeterminado en la mente de alguien, que pone luego en acción sus fuerzas para obtener la realización del ideal apetecido. En este movimiento y agrupación de fuerzas, ya interiores tan sólo, ya también exteriores, consiste lo que se denomina intención, propósito,

---

sarias para que la especial forma de delito á que él se refiere exista? Veamos. Dice este artículo: «Son reos de sedición los que se alzan pública y tumultuariamente [hecho prohibido por la ley y ejecutado voluntariamente, de propósito: *primera intención*] para [es decir, con la ulterior finalidad de: *segunda intención*] conseguir por la fuerza, ó fuera de las vías legales [ilegalmente: acción ilícita y prohibida], cualquiera de los objetos [ó sea resultados exteriores, para cuya obtención están sirviendo de simples medios preparatorios las acciones hasta ahora ejecutadas: *tercera intención*] siguientes:..... 4.° Ejercer, con un objeto político ó social [ésta parece ser la finalidad última que se persigue, y podemos llamarla, como la más escondida de todas, *quinta intención*], algún acto de odio ó de venganza [movil personal, egoista, puesto al servicio de un fin que puede ser social ó políticamente beneficioso y, por lo tanto, objetivamente—y en último término también subjetivamente, intencionadamente—bueno: *cuarta intención*] contra los particulares ó contra cualquiera clase del Estado». Por mucho que se trate de reducir el número de intenciones escalonadas en este caso concreto, no es fácil que nadie llegue á encontrar en él menos de tres ó cuatro. Cf. el artículo 67 de la ley electoral.

ánimo, deseo, apetencia, voluntad, etc. Claro está que estas construcciones mentales, estas representaciones ideales anticipadas de lo que será ó se procurará que sea el orden de la realidad exterior, pueden ser más ó menos complicadas. Las hay que lo son mucho, en tanto que otras son sumamente sencillas. Ciertos individuos tienen, cuando menos alguna vez, una gran potencia previsora. En su mente están calculados muchos acontecimientos, aun acontecimientos muy lejanos y que pocos individuos alcanzan á representarse interiormente. Se trata de personas, cuyas intenciones, propósitos, cálculos, etc., «se pierden de vista», por lo delicados, sagaces, hondos, etc. De ellas se dice también á menudo que «no se sabe á donde encaminan sus pasos» ó «cual es la meta final que piensan conseguir con su conducta» (1). Un individuo sumamente inteligente, previsor, calculador, puede tener en su representación mental un largo número de enlaces entre las acciones á que sucesivamente quiere ir dando vida, mirándolas en su plan interior, antes de ser producidas en la realidad, como consecuencia las unas de las otras: lo que supone tanto como decir que las intenciones ó voluntades del agente se dan escalonadas, en serie compuesta de diferentes términos.

Claro es, por lo mismo, que la investigación de las intenciones ajenas ha de ser difícil; tanto más, cuando se trate de las que ocupan ulteriores grados, que son las más escondidas. Las primeras intenciones pueden averiguarse con facilidad relativa, por cuanto se hallan incorporadas inmediatamente al acto externo ejecutado: el que mató, hirió ó incendió, v. g., lo hizo porque tuvo el propósito, la intención ó el ánimo de matar, herir ó incendiar (2). Pero ¿con qué miras posteriores lo ha hecho? ¿Qué segundas, terceras ó cuartas intenciones le han

(1) Ellas son también las que hacen «frases intencionadas», «preguntas mal intencionadas», «alusiones finamente embozadas», las que «apuntan á un sitio para dar en otro», las que dicen las cosas «á la nuera, para que las entienda la suegra».

(2) V. la nota 2 de la p. 81, y también más adelante la nota 2 de las páginas 110-111.

guiado? ¿De qué manera ha sido previsto y planeado en su mundo interior el orden externo cuya efectuación ha puesto por obra? ¿Cuál es la situación de cosas á que tiende interiormente *(in tendet, in tentat)* y á cuya consecución final van encaminados los actos hasta ahora ejecutados? Los movimientos del investigador se encuentran, por lo que respecta á este punto, rodeados de obstáculos. La esfera de las intenciones (que es la esfera de las finalidades internas, esfera teleológica, de pura conciencia individual, de construcción y actividad íntima) es, conforme se dice á menudo, inconocible, ó difícilmente conocible, para otras personas que no sean su propio sujeto (1); y tanto más inconocible, cuanto más íntima y recóndita sea. Y, sin embargo, no hay otro remedio sino conocerla, ó darla por conocida, si es verdad, como también se asegura á todas horas, que «lo que no está en la intención [que es como decir en la conciencia—la previsión, dicen los doctos en la materia, es la proyección de la conciencia en lo futuro, ó sea la *pre* sciencia—] no está tampoco en la voluntad» *(nihil volitum quin praecognitum)*, y que «lo que no ha estado en la voluntad consciente no puede ser materia de imputabilidad, culpabilidad y pena». Por eso, cuando tales intenciones—estado de la conciencia del agente—no están seguramente averigua-

(1) Para este mismo, lo es también, en último término, según ya se ha dicho. Pues si una persona sabe, por ejemplo, qué fines ó propósitos la mueven á matar á otra, supongamos, y su conciencia es la directora de los planes á tal fin encaminados, ella misma ignora por qué quiere lo que quiere y busca lo que busca; es decir, que ignora cuál sea el verdadero motor de su voluntad, el que se agita por detrás de la conciencia. Los sujetos que matan á uno de sus prójimos conscientemente, con intención, para conseguir tales ó cuales fines previstos, lo hacen como medio de responder y dar desahogo á gustos suyos, á apetencias, deseos, tendencias, en ellos radicantes, sin que ellos mismos sepan por qué, y aun contra todo cuanto su raciocinio consciente les aconseja. La conciencia preparadora y directora del homicidio vendría á ser, de esta suerte, como un instrumento de lo que se llama «inconsciente» ó «subconsciente». Y entonces ¿cuál puede ser considerada como la meta final de las acciones que apellidamos «propias» (las conscientes), ya sean lícitas, ó ya delictuosas?

das, lo que ocurre muy á menudo, hay que darlas por existentes, presumiéndolas, hasta con presunción *juris et de jure* (1), ó hay que aventurarse á inferirlas, tomando como señales ó datos para ello las mismas acciones del sujeto de quien se trate, ya sólo las presentes, ya también, en combinación con éstas, las realizadas con anterioridad (2). De aquí la importancia que

(1) Así, v. g., el art. 2.° del Código civil español dice que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»: sin admitir prueba de esta ignorancia, como excusante de las infracciones legales, no intencional ó voluntariamente cometidas. Y el párrafo segundo, artículo 1.°, del Código penal, establece también una presunción, aunque ahora solo *juris tantum*, de voluntariedad: puesto que dispone expresamente que «las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias [¿intencionales?], á no ser que conste lo contrario». De igual modo, el párrafo segundo, art. 1.°, del Código de la Marina de guerra dice que «las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan ejecutadas con malicia, á no ser que conste ó se pruebe lo contrario»; y el art. 2.° de la ley sobre contrabando y defraudación: «Los actos constitutivos del contrabando ó de la defraudación se reputan voluntarios, salvo prueba en contrario...»

(2) Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo en donde se establece—como ocurre con la de 21 de Diciembre de 1900—que «*la intención del culpable ha de deducirse racionalmente*, cuando no consta de otro modo, *de los medios y formas que empleó para realizar el hecho punible*», ó—como la de 15 de Febrero de 1871—que «la intención de los delincuentes la demuestran sus actos y los efectos de éstos». Especialmente en materia de injurias, hay una abundante jurisprudencia en que repetidamente se declara que «para apreciar la existencia y gravedad del delito de injurias, *es absolutamente necesario tener en cuenta todos los accidentes y circunstancias del hecho* que se suponga ofensivo, y de las personas del ofensor y el ofendido, para venir en conocimiento perfecto, tanto de la realidad é intensidad del daño causado en la honra, en el crédito ó en el interés del injuriado, *como del elemento intencional ó verdadero propósito del agente*, que, como es sabido, es *parte esencialísima* en la constitución de *toda clase* [?] de delitos, pero muy especialmente en el de que se trata» (sentencia de 26 de Enero de 1886); que «para apreciar con el debido acierto cuándo constituyen el delito de injurias las palabras proferidas, hay que tomar en cuenta, no sólo su significación gramatical, sino *el propósito de quien las pronuncia, la ocasión en que lo hace, la forma que emplea, y hasta los antecedentes y circunstancias del hecho* que se supone injurioso» (sentencia de 24 de Noviembre de 1881); que «para estimar si se ha cometido ó no el delito de injurias, *hay que atender á los antecedentes, ocasión y objeto con que se profiera ó ejecute la expresión ó acción* que se trata de calificar como injuriosa» (sentencia de 16 de Abril de 1883); que «*el elemento de*

suele darse á los antecedentes y á la vida entera del individuo, como medio de reconstruir, desde fuera, su mundo interno y de conjeturar, en vista de lo que ya otras veces ha hecho y del modo y fines con que lo ha hecho, lo que en otras situaciones hará y los propósitos que al hacerlo pueden guiarle.

X

LAS SEGUNDAS INTENCIONES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El legislador español, que se contenta á veces (ya lo hemos visto) con la voluntariedad de primer grado para que el delito exista, y que se da por satisfecho otras muchas con la de segundo grado, hasta llegar en alguna ocasión á prohibir á los tribunales que pasen más allá de ella en persecución de una

---

la intención, que integra todo [?] delito, *ha de deducirse...*, en el delito de injurias, *de la tendencia de los actos que se ejecutan, valor gramatical de las frases que se pronuncian ó escriben, ocasión y forma en que se hace, y hasta las circunstancias del que las profiere y de aquél á quien van dirigidas»* (sentencia de 12 de Julio de 1902—ya citada, en la nota 2 de la p. 81). Además de las que acabamos de citar, pueden verse las de 21 de Marzo de 1882, 6 de Noviembre de 1883, 5 de Octubre de 1887, 28 de Octubre de 1887, 20 de Junio de 1887, 6 de Febrero de 1889, 3 de Julio de 1889, 4 de Diciembre de 1889, 14 de Enero de 1890, 10 de Febrero de 1891, 23 de Febrero de 1891, 18 de Mayo de 1891, 27 de Junio de 1891, 13 de Febrero de 1892, 29 de Abril de 1892, 31 de Mayo de 1892, ya citada (p. 80, nota), 2 de Diciembre de 1892, 21 de Febrero de 1893, 4 de Octubre de 1893, 29 de Marzo de 1894, 3 de Diciembre de 1894, 21 de Febrero de 1895, 31 de Mayo de 1895, 30 de Octubre de 1895, 13 Octubre de 1897, 31 de Octubre de 1899, 31 de Diciembre de 1900, 27 de Marzo de 1901, 26 de Abril de 1901, 3 de Mayo de 1901, 18 de Mayo de 1901, 28 de Febrero de 1902, 18 de Noviembre de 1902, 17 de Diciembre de 1902, 12 de Marzo de 1903, 16 de Diciembre de 1903, 28 de Enero de 1904, 17 de Enero de 1905, y otras más.

El fiscal del Tribunal Supremo viene á sentar también la misma doctrina, en su circular fecha 2 de Octubre de 1883, relativa á los delitos cometidos por escrito ó de palabra al ejercitar abusivamente el derecho de emitir los ciudadanos libremente sus ideas y opiniones con arreglo al art. 13 de la vigente Constitución: pues para encontrar el elemento subjetivo de estos delitos, dice el fiscal que «hay que fijarse en el discurso, en el artículo, *en la obra entera*, en su conjunto y en sus detalles; se han de apreciar sus formas y su esencia...».

voluntad ó intención más lejana (1), requiere, por el contrario, formalmente, con frecuencia, que esta última voluntad ó intención intervenga para que haya acción punible. Yo no creo que puedan tener otro sentido aquellas disposiciones, por cierto abundantísimas, en que, ya con unas, ya con otras palabras, se estatuye como elemento indispensable de imputabilidad y punibilidad de los actos, ó que influye en la cuantía de ellas, lo que se denomina de ordinario móviles del obrar, finalidades, intenciones ó propósitos personales, miras ulteriores, etc. (2). Pueden, en efecto, ser citados bastantes artículos,

(1) Este parece ser el espíritu del Código vigente en lo relativo á las injurias contra particulares. Al prohibir al acusado (art. 475) la prueba tocante á la verdad de las imputaciones que haya hecho, impide también apreciar los propósitos—quizá nobles y convenientes al interés social—que le impulsaran al hacerlas. Con la materialidad de la imputación y con la voluntad directa de la misma, parece que basta para que haya delito imputable, sin consentir ir más allá. Y esta es generalmente la práctica en la administración de la justicia criminal. Los tribunales, sin embargo, y muy singularmente el Supremo, tienen declarado, en una larga serie de sentencias —pudiera decirse que entran por docenas—, no ya tan sólo que el delito de injurias se caracteriza especialmente por la intención manifiesta de deshonrar, menospreciar ó desacreditar á persona determinada —por lo que no cabe la existencia de injurias culposas ó por imprudencia, contra lo que parece indicar el art. 581, cuya forma general de redacción da á entender que se propone abarcar toda clase de delitos— (véanse, por ejemplo, las de 12 de Octubre de 1874, 6 de Junio de 1878, 31 de Mayo de 1880, 28 de Mayo de 1881, 30 de Enero de 1884, 31 de Enero de 1884, 30 de Junio de 1884, 16 de Noviembre de 1885, 26 de Enero de 1886, 30 de Marzo de 1887, 8 de Noviembre de 1887, 13 de Abril de 1888, 24 de Enero de 1889, 29 de Mayo de 1889, 3 de Julio de 1889, 4 de Junio de 1891, 28 de Noviembre de 1896, 10 de Enero de 1898, 28 de Junio de 1901, 17 de Diciembre de 1902, 28 de Enero de 1904, 17 de Enero de 1905, 22 de Febrero de 1906, etc.); sino también que «para calificar ó no de injuriosa una expresión, *es preciso tener en cuenta el fin ú objeto* con que fué proferida ó escrita (sentencias de 21 de Abril de 1883, 30 de Junio de 1884, 26 de Enero de 1886 y otras varias), y que «para apreciar la entidad de las injurias *debe atenderse preferentemente* á la ocasión y *móvil que las determinen*» (sentencia de 7 de Enero de 1889). Esta doctrina, que es la del *animus injuriandi*, ó dolo específico, en las injurias, va adquiriendo gran extensión por todas partes; pero es muy de dudar que fuese la inspiradora del Código de 1870. El citado art. 475 lo indica suficientemente, me parece á mí.

(2) V. las sentencias que se citan después, en las pp. 146 y 147.

tanto del Código penal común, como de otros cuerpos legales, á tenor de los cuales, para que el delito exista, no basta meramente con la voluntariedad del acto material ejecutado, ni tampoco con que los efectos ó resultados materiales inmediatamente producidos por él coincidan exactamente con los previstos y buscados por el agente; sino que se pide además un nuevo elemento, constituído por una ulterior finalidad y para cuya consecución sirven de puros medios, tanto el acto material en sí, como sus primeras é inmediatas consecuencias. Así, v. g., se habla á menudo: ora de la *intención* «de injuriar» (1), «de perjudicar á otro» (2) (en la cual hacen consistir, precisamen-

(1) Art. 433, párrafo segundo, del Código penal común: «Cuando la lesión menos grave se causare *con intención manifiesta de injuriar*...», se castigará más que si esta intención no interviniera. Claro es que si las lesiones donde la hipótesis del citado párrafo no tenga lugar son ya intencionales, y precisamente por ser intencionales son punibles, aquellas otras en que la hipótesis se cumpla serán, por lo menos, doblemente intencionales: ya que, á la intención de la lesión misma (del resultado visible de la propia acción), se une la intención posterior de injuriar. La lesión, aun siendo voluntaria, intencional, hecha de propósito, no es el término final de la conducta del agente, sino un simple medio para conseguir aquel término, que es injuriar. Se trata, por lo tanto, de una segunda intención, añadida á la primera; en la representación mental del que obra preexisten á su acción, como determinantes finales de ella, dos órdenes reales que con ésta quiere aquél producir, ó dos cambios distintos en el orden actual: primero, la lesión, y, luego, mediante la lesión, la injuria. Y todavía se puede ir más allá, por virtud de nuevas intenciones (por eso empleé antes la limitación «por lo menos»); pues la injuria misma, hacia la cual va encaminada la lesión, puede tener como objetivo el desacreditar al injuriado: por ejemplo, dando á conocer algo oculto referente al mismo, y con cuya publicidad se le quiere perjudicar, privándole de su cargo, ya (nueva intención) para que éste recaiga en el injuriador (perspectiva, deseo ó intención de lucro), ya sin otras miras.

(2) Art. 317, párrafo segundo, del mismo Código: «El que hiciere uso del despacho [telegráfico] falso *con intención ó deseo de perjudicar á otro*...» Art. 319: «El que, sin haber tomado parte en la falsificación [de documentos privados], presentare en juicio ó hiciere uso, con intención de lucro ó *con perjuicio de tercero* [parece que buscado intencionalmente, visto lo que se dispone en el artículo anterior, y en atención también á que lo no intencional, ó no es voluntario, ni punible, ó es menos voluntario y punible que lo intencional: arts. 1.º, 9.º, ciscunstancia 3.ª, 65, etc.], de un documento falso...». Art. 1.º del tratado de extradición con Alemania, nú-

te, algunos el verdadero dolo, característico de la imputabilidad de los actos criminales), «de lucro» (1), «de causar da-

---

mero 23: «Por falsificación de documentos ó de despachos telegráficos cometida *con intención* de fraude ó *de perjudicar á otro*, y por el uso á sabiendas de documentos y despachos telegráficos *con intención* de fraude ó *de perjudicar á otro*». Núm. 24: «Por deterioro, destrucción ó supresión voluntaria é ilegal de un documento público ó privado, cometidos con *intención de perjudicar á otro*». Art. 200 de la ley de reclutamiento y reemplazo del ejército: «... Los que de algún modo dificulten el cumplimiento de las órdenes emanadas de autoridad competente para el llamamiento ó concentración de los mozos en caja, reclutas y soldados en los puntos á que fueren citados por sus jefes, cuando hubiere *perjuicio* [intencionado] *de tercero* ó de servicio público... incurrirán en las penas...»

(1) Art. 316. «El que á sabiendas presentare en juicio ó usare, *con intención de lucro*, un documento falso...» Art. 317, párrafo segundo, citado: «El que hiciere uso del despacho falso *con intención de lucro*.. » Art. 2.°, núm. 13 del tratado de extradición con Cuba: «Falsificación de documentos públicos y privados, y el uso de tales documentos, á sabiendas de que son falsos, *con intención de lucro*». El uso del documento falso es ya intencional (de propósito, con previsión y persecución de determinados efectos), en cuanto se exige (arts. 316 y 318), ó se presupone (art. 317), que se hace «á sabiendas»; pero sobre esta intención está luego la de obtener lucro personal, fin verdadero del acto. Por cierto que no debe pasar inadvertida esta circunstancia, que parece singular: mientras la intención de lucro convierte ahora en delictuoso ó en más delictuoso un acto, el obrar de los hombres, cuando va animado por esa misma intención, móvil ó propósito, de ordinario se considera como enteramente natural y lícito («muy humano», se suele también decir). Y así, v. g., el móvil del interés personal es estimado por muchos (psicólogos, sociólogos, economistas, juristas) como necesario para el juego y el desarrollo normal de la vida, y como perfectamente justificado, por consecuencia. A él se acude con suma frecuencia cuando se quiere encontrar el motor más hondo y el más poderoso resorte de las relaciones económicas, y aun de todas las relaciones históricas, esto es, humanas. No hay sino recordar que la ciencia de la economía ha sido y es considerada por gran número de sus cultivadores (si al cabo no por todos) como la «filosofía del interés personal», que viene á ser tanto como decir, la filosofía de las intenciones de lucro ó de los egoismos personales, de cuyos entrecruzamientos y luchas (competencia mercantil, guerras de tarifas, de clases sociales, del capital con el trabajo) resulta el armonioso conjunto llamado «ambiente social», orden de justicia (legal ó consuetudinario), composición de todos los intereses («armonías económimicas» y, en general, sociales). No hay más que recordar, por otra parte, la teoría, tan difundida y aceptada más ó menos explícitamente, que lleva el nombre de «materialismo histórico», «determinismo económico» ó «interpretación económica de la historia»: para

la cual, la función irreducible de la psiquis social, base é infraestructura de todas las otras, que son trasformaciones, derivaciones ó epifenómenos por la misma producidos; la que en el fondo mueve todas las teclas del complicado órgano social, es la función económica, es decir, la de la conservación biológico-social, la que responde al primero de los instintos en el ser vivo, el de la propia conservación, la que equivale, en el individuo y en la psiquis social, á la nutrición y al instinto, ó á la conciencia, clara ú oscura, de la necesidad de nutrirse. Se debe también tener presente que cuando los juristas buscan el fundamento de la mayoría de las instituciones que estudian, fundamento de derecho natural—que suelen decir—, radicante en la misma naturaleza, y el cual convierte á aquéllas en lícitas, justas y obligatorias, al instinto de conservación y á los móviles interesados y egoístas de lucro se están constantemente refiriendo. ¿En qué apoyan, v. g., la existencia de la propiedad privada, la de las traslaciones de ella especialmente por causa de muerte (sucesiones), pero también por actos entre vivos (contratos), y luego la de todos los resortes y mecanismos sociales que sirven para proteger y garantir los provechos personales que de la propiedad privada le resultan á los propietarios, como no sea precisamente en la presencia de estos provechos, ó en la perspectiva de ellos por parte del que los persigue, ó sea en la intención, propósito ó deseo de lucro? ¿No hay, además, toda una esfera de derecho, la del mercantil, y toda una numerosa profesión social, la de los comerciantes—que viven precisamente al amparo de aquel derecho, y, por lo tanto, lícitamente—, la característica de cuya conducta, en cuanto tales comerciantes, no consiste en nada más, según dicen los mercantilistas, y en general los filósofos del derecho, ó cuando menos muchos, sino en realizar actos mercantiles, que, si son tales, es justamente porque sus autores los realizan animados por la intención de lucro? ¿Y acaso llama nadie criminal á esta intención, ni criminales á los comerciantes? ¿Por qué entonces, algunas veces, es esa intención de lucro cualificativa de criminalidad? Parece, en todo caso, que el ejecutar («voluntariamente», «á sabiendas», «con conciencia», como sea) determinados actos (como el usar documentos falsos: arts. 316, 317, párrafo segundo, 319), tenidos por ilícitos en sí, puede constituir el delito, á diferencia del acto lícito en sí (comprar y vender, trasportar, etc); pero el ejecutar unos ú otros con intención de lucro, ni cambia lo lícito en delictuoso, ó al contrario, ni aumenta ó disminuye la delictuosidad. Y si produce este efecto, ¿á qué virtualidad de la intención es él debido, por cuanto la intención, en el uno y en el otro supuesto, *es absolutamente la misma* (obtener lucro personal)? En otros muchos casos de que el Código habla—por ejemplo, en el mismo título *De las falsedades*, á que pertenecen los artículos poco ha citados—se tiene por delincuente al que hace uso de lo falsificado (por otros), sin referirse para nada á la mentada intención de lucro, que puede muy bien existir, y que ordinariamente existirá (v. g., tratándose de la expendición de moneda falsa), como pueden también existir otras intenciones (de perjudicar á otro, de defraudar, de producir una revolución, etc., etc.). (V. los arts. 282 y sigs. del Código común).

ño» (1), «de fraude» (2), «de robar dinero ó valores» (3), «de cometer un delito» (4), «de matar ó causar daño á personas» (5), «de poner en peligro la vida» de alguien (6), y otras más: donde la intención no tiene idéntico significado que más atrás vimos le dan las leyes en otros pasajes en que se sirven de tal palabra; ora de *propósito* ó propósitos «de lucro» (7), de eludir el pago de impuestos» (8), «de poner en circulación efectos es-

---

(1) Ley de cables submarinos, art. 7.º, ya citado textualmente en la parte que á este punto afecta.

(2) Tratado de extradición con Alemania, art. 1.º, núm. 23, también citado en una de las notas inmediatamente anteriores. Tratado con Dinamarca, art. 1.º, núm. 20: «Falsificación... hecha con *intención fraudulenta*..., así como el uso de títulos ó despachos telegráficos falsos ó falsificados, hecho con conocimiento y *con intención fraudulenta*...»

(3) Tratado de extradición con Inglaterra, art. 2.º, núm. 11: «Amenazas verbales ó escritas *con intención de robar dinero ó valores*».

(4) Tratado de extradición con los Estados Unidos, art. 2.º, número 9.º: «Allanamiento de las oficinas del gobierno y autoridades públicas, ó de Bancos, Cajas de ahorro..., *con intención de cometer un delito*».

(5) Tratado de extradición con Inglaterra, art. 2.º, núm. 21, *d)*: «Actos cometidos *con intención de matar ó de causar daño material* á personas á bordo de un buque en alta mar».

(6) Tratado de extradición con Inglaterra, art. 2.º, núm. 19: «Actos cometidos *con intención de poner en peligro* la vida de los viajeros en un tren de camino de hierro». Tratado de extradición con los Países Bajos, art. 1.º, núm. 21: «El hecho cometido *intencionalmente de haber puesto en peligro un tren* en un camino de hierro».

(7) Art. 330 del Código común: «Cuando sea estimable el lucro que hubieren reportado ó *se hubieren propuesto* los reos de falsificación penados en este título [es el tít. IV, del libro II, que trata *De las falsedades*, ya citado]...». Art. 447. «Se impondrán también las penas...: 1.º Al que provocare ó diere causa á un desafío *proponiéndose un interés pecuniario* [ha de querer decir lo mismo que «propósito de lucro»] ...». Art. 507. «El que amenazare á otro... será castigado: 1.º Con la pena ... si se hubiere hecho la amenaza *exigiendo una cantidad*... y el culpable hubiere conseguido *su propósito*, y con la pena... si no lo hubiere conseguido».

(8) Art. 331 del mismo Código: «El que requerido por el competente funcionario ocultare el todo ó parte de sus bienes ó el oficio ó industria que ejerciere, *con el propósito de eludir el pago de los impuestos* que por aquéllos ó por ésta debiera satisfacer...». Sin este propósito, ó con otro propósito distinto del señalado por la ley, ¿habrá delito? ¿No lo sería ya la simple desobediencia, hecho voluntario ó intencional?

tancados que ya hayan servido» (1), «de ejecutar, facilitar ó encubrir contrabando» (2), «de defraudar á tercera persona ó al Estado» (3), «de atentar contra las personas ó la propiedad» (4), «de cometer un delito» (5), «de ocasionar la pérdida de un buque ó impedir una expedición» (6), «de rebelarse contra una autoridad» (7), ó de propósitos «deshonestos» (8); ya

---

(1) Ley de contrabando y defraudación, art. 3.º: «Se incurrirá en delito de contrabando: ... 6.º Por lavar, restaurar ó rehabilitar... efectos estancados, que hayan sido antes utilizados, *con propósito de que puedan volver á serlo ó de ponerlos en circulación*».

(2) Ley de contrabando, artículo 9.º: «Son delitos conexos: ... 6.º Cualquiera otro delito común [ya intencional] cometido *con evidente propósito de ejecutar, facilitar, asegurar ó encubrir* el contrabando ó la defraudación».

(3) Código penal, art. 574... «si el incendio hubiere sido causado *con propósito de defraudar los derechos de tercero* ó de causarle perjuicio [lo que parece equivaler al «deseo de perjudicar á otro», que dice el párrafo segundo del art. 317, y también otras disposiciones, conforme ya se ha visto]....». Ley de contrabando, art. 18: «Son circunstancias agravantes: ... 3.ª La de haberse verificado la importación ó exportación de los efectos... por veredas ó en condiciones *que revelen el propósito de sustraerlos á la vigilancia del resguardo ó de la administración*... 5.ª La de mixtificar, mezclar ó adulterar los géneros, efectos ó mercancías, *con el evidente propósito de presentar, los que no lo fueran, como de lícito comercio, de fingir como exentos de derechos los que estuvieren sujetos al pago, ó de disminuir indebidamente el pago de los que correspondieren*».

(4) Tratado de extradición con Alemania, art. 1.º, núm. 9.º: «Por formar una asociación ilegal [hecho ya intencional é ilícito] *con el propósito de atentar contra las personas ó contra la propiedad*».

(5) Tratado de extradición con los Estados Unidos, art. 2.º, número 8.º: «El acto de allanar la casa de otro durante la noche *con propósito de cometer en ella un delito*».

(6) Código de la Marina de guerra, art. 232: «El marino que causare daño en buque del Estado ó á su servicio *con propósito de ocasionar su pérdida, ó impedir la expedición á que estuviere destinado*, sufrirá la pena...».

(7) Tratado con los Estados Unidos, art. 2.º, núm. 7.º, C: «Motín ó conspiración de dos ó más individuos de la tripulación de un buque en alta mar, *con el propósito de rebelarse contra la autoridad* del capitán ó patrón de dicho buque, ó de apoderarse del mismo por fraude ó violencia».

(8) Art. 459 del Código penal (reformado por la ley de 21 de Julio de 1904, llamada *de la trata de blancas*): «Incurrirán en la pena: ... 2.º El que para satisfacer los deseos de un tercero *con propósitos deshonestos*...». Aquí hay la primera intención: facilitar medios ó

de *objeto* «de lucro» (1), de «objetos» varios (2), de «objeto in-

---

ejercer inducción en el ánimo de los menores á quienes se corrompe; y tras de la primera, otras dos: satisfacer los deseos de un tercero, y con propósitos deshonestos; podría añadirse aún alguna otra, v. g., con intención de lucro, ó de perjudicar á tercero, etc.

(1) Art. 288, párrafo segundo, del Código penal: «El solo uso de esta clase de sellos [falsificados por otro], á sabiendas de que son falsos, se castigará con igual pena, si tuviere *por objeto el lucro* con perjuicio de los fondos públicos; en otro caso, se impondrá al culpable la pena inmediatamente inferior en grado». La mayor pena que en el primer caso se impone ¿supondrá mayor responsabilidad, mayor imputabilidad, mayor voluntariedad? La intención ú objeto de lucro ¿hace más voluntaria la acción, más libre y dueño de sí al agente? ¿O cuál es, de otra manera, en este caso (como en tantos otros), la base de la imputabilidad, la responsabilidad y la pena? ¿Dónde se deja la teoría general, que se dice aplicable siempre, y á la que ninguna otra puede reemplazar?

(2) Art. 250 del Código: «Son reos de sedición los que se alzan... para conseguir... cualquiera de los *objetos* siguientes...». Se trata de finalidades que el sujeto se *propone* ó tiene *intención* de lograr. Entre esas finalidades las hay de índole que diremos objetiva ó exterior (aunque ellas mismas, á su vez, estén subordinadas á la obtención de un propósito personal y privativo, de individual satisfacción), y las hay de naturaleza interna, constituyendo móviles subjetivos, desahogos de los que reciben el nombre de pasionales. De la primera clase son los *objetos* mencionados en los núms. 1.º y 2.º del citado art. 250 («impedir la promulgación ó la ejecución de las leyes ó la libre celebración de las elecciones populares...», é «impedir á cualquiera autoridad, corporación ó funcionario público el libre ejercicio de sus funciones...»), mientras que lo son de la segunda los señalados en los números 3.º y 4.º («ejercer algún acto de odio ó venganza en la persona ó bienes de alguna autoridad ó de sus agentes», «ejercer, con un objeto político ó social—aquí hay un *doble objeto*: la rebelión *a)* lleva por «objeto»... 4.º ejercer *b)* con un «objeto» político ó social...—algún acto de odio ó de venganza contra los particulares ó cualquiera clase del Estado»), así como parece tener una naturaleza mixta el 5.º («despojar, con un objeto político ó social, de todos ó de parte de sus bienes...»).

Muy parecidas á la del art. 250 son las disposiciones de los siguientes: Art. 181. «Son reos de delito contra la forma de gobierno... los que ejecutaren actos... encaminados directamente á conseguir... uno de los *objetos* siguientes...». Art. 182. «Delinquen también contra la forma de gobierno: 1.º Los que en las manifestaciones políticas, en toda clase de reuniones públicas ó en sitios de numerosa concurrencia diesen vivas ú otros gritos que provocaren aclamaciones directamente encaminados á la realización de cualquiera de los *objetos* determinados en el artículo anterior. 2.º Los que en dichas reuniones y sitios pronunciaren discursos ó repartieren impresos ó llevasen lemas y banderas que provocaren directamente á la realización de los *objetos* mencionados en el artículo

moral» (1), de «objeto de impedir el ejercicio de los derechos políticos» (2), de «objeto de abstenerse de cumplir un deber público» (3), de «faltar á los deberes de un cargo» (4), de «ocultar un delito» (5), de «cometer un homicidio ó causar lesiones» (6), de «prostituir menores» (7), de «perjudicar á un ter-

---

anterior». Art. 243. «Son reos de rebelión los que se alzaren... contra el gobierno para cualquiera de los *objetos* siguientes...». Artículo 263: «Cometen atentado: 1.º Los que, sin alzarse públicamente, emplearen fuerza ó intimidación para alguno de los *objetos* señalados en los delitos de rebelión [art. 243] y sedición [art. 250]». Excusado es decir que aquí la segunda intención (el *objeto* que se busca) es lo que caracteriza el delito. Sin ese «objeto», los actos realizados voluntariamente y con intención (primera) de realizarlos, ó no son delitos, ó constituirán otro delito distinto. Y es también excusado añadir que el «objeto» ó intención segunda pueden estar subordinados á otro objeto ó intención ulteriores (deseo de lucro, de venganza, de dominación, de perjuicio ajeno, de prosperidad de la propia familia, etc.).

(1) Art. 447 del Código penal: «Se impondrán las penas... 1.º Al que provocare ó diere causa á un desafío proponiéndose... *un objeto inmoral*».

(2) Art. 272, párrafo segundo, del Código: «Si este delito [el de desorden público] tuviere *por objeto impedir á alguna persona el ejercicio de sus derechos políticos*, se impondrá al culpable la pena en su grado máximo». ¿Cuál es la razón de la mayor penalidad—que presupone mayor imputabilidad—en este caso?

(3) Art. 398 del Código: «Cuando la dádiva recibida ó prometida tuviere *por objeto abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo*, las penas serán...».

(4) Tratado de extradición con Dinamarca, art. 1.º, número 27: «Corrupción de funcionarios públicos, *con objeto de inducirlos á faltar á los deberes de su cargo*» (para posibles fines ulteriores de lucro personal, venganza, etc.).

(5) Art. 346, párrafo segundo, del Código penal: «Cuando el uso de nombre supuesto [que ya es delito, conforme al párrafo primero del mismo artículo, aun cuando de menor gravedad que el contemplado en este párrafo segundo] tuviere *por objeto ocultar algún delito, eludir alguna pena*...».

(6) Tratado de extradición con Rusia, art. 2.º, núm. 22: «Ataque á un buque en alta mar *con objeto de cometer un homicidio ó de causar graves lesiones corporales*».

(7) Art. 459 del Código penal (reformado por la citada ley de 21 de Julio de 1904 sobre la trata de blancas), núm. 3.º: «El que *con el mismo objeto* [de satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos] ayude ó sostenga con cualquier motivo ó pretexto la continuación de la corrupción ó la estancia de los menores en casas ó lugares de vicio». Lo cual, puede, á su vez, ser practicado

cero» (1), de «obtener dinero» (2), de «robo» (3), de «proporcionar un beneficio ilegal» (4), de «usar como legítimos timbres, sellos ó marcas falsificados» (5), de «quitar clientela» (6), de «preparar, cometer ó encubrir contrabando» (7), de «eludir responsabilidades» (8), de «ejecutar un acto injusto» (9), de «cohibir ó de ejercer presión sobre alguien» (10), de «resistencia al ca-

---

con el objeto, la intención, el propósito ó por el móvil de lucro, venganza, deseo de perjudicar á tercero, ó por cualquiera otro.

(1) Art. 346, párrafo segundo, del Código penal: «Cuando el uso del nombre supuesto tuviere *por objeto... causar algún perjuicio al Estado ó á los particulares*, se impondrá al culpable las penas...». Art. 1.°, núm. 21, del tratado de extradición con Dinamarca: «Destrucción, deterioro ó supresión voluntaria é ilegal de un título público ó privado, cometidas *con objeto de perjudicar á un tercero*».

(2) Art. 2.°, núm. 16, del tratado de extradición con los Estados Unidos: «Secuestro de menores ó adultos... *con objeto de obtener dinero* de las personas secuestradas ó de sus familias».

(3) Ley de 8 de Enero de 1877 sobre secuestro de personas, artículo 1.°: «Tan luego como se verifique el secuestro de una ó más personas *con objeto de robo* en una provincia.. ».

(4) Tratado de extradición con los Países Bajos, art. 1.°, número 16: «Incendio *con el objeto de proporcionarse ó proporcionar á otro un beneficio ilegal...*».

(5) Tratado con Alemania, art. 1.°, núm. 25: «Por falsificación de troqueles ó punzones, timbres, marcas ó sellos, *con el objeto de emplearlos como legítimos..* ».

(6) Art. 132 de la ley de propiedad industrial: «Se consideran como hechos constitutivos de competencia ilícita: ... Propalar á sabiendas falsas aserciones contra un rival *con objeto de quitarle su clientela...*».

(7) Ley de contrabando y defraudación, art. 9.°: «Son delitos conexos los que tienen *por objeto preparar, perpetrar ó encubrir el contrabando ó la defraudación*. Se reputarán tales los siguientes: 1.° La seducción, soborno ó resistencia contra la autoridad ó sus agentes, que tengan *por objeto la preparación, perpetración ó encubrimiento del contrabando ó de la defraudación*»

(8) Ley de contrabando, art. 9.°, núm. 4.°: «La suposición de nombre, apellidos, industria, profesión ó cargo, *con objeto de eludir las responsabilidades* consiguientes al contrabando ó defraudación».

(9) Ley de reclutamiento y reemplazo del ejército, art. 196, párrafo 2.°: «Al facultativo que... aceptase un ofrecimiento ó promesa que tuviese *por objeto ejecutar un acto injusto* relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, se le aplicará la pena...». La ley de reclutamiento y reemplazo de la armada, art. 88, párrafo segundo, reproduce la misma disposición en idénticos términos.

(10) Ley electoral, art. 67: «Todo acto, omisión ó manifestación,

pitán de un buque» (1), de «entorpecer los trenes ó hacerlos descarrilar» (2), de «exención del servicio militar» (3), de «objeto perseguido» (4), de «objeto político ó social» (5), de «objeto lícito» (6) (equivalente á la «causa lícita», y también «legítima», que se encuentra mencionada á veces así en las leyes como en

---

contrarios á esta ley..., que... tenga *por objeto cohibir ó ejercer presión sobre los electores*, para que no usen de su derecho, ó lo ejerciten contra su voluntad, á fin de que dejen de votar candidaturas determinadas, constituye delito...». Aquí, como es fácil advertir á la simple lectura, pueden coexistir en un mismo delito *tres ó cuatro* intenciones: acto ú omisión *voluntarios; que* tengan *por objeto...; para que...; á fin de que...;* y aun podrían añadirse algunas más: v. g., para *fines* políticos; por *móviles* de lucro, ó de venganza, ó de personales ascensos, etc.

(1) Tratado de extradición con Alemania, art. 1.°, núm. 31, *c)*: «Resistencia con vías de hecho contra el capitán de un buque, si tal resistencia se efectúa por varios tripulantes después de haberse concertado *con este objeto*».

(2) Tratado de extradición con Francia, art. 2.°, núm. 31: «La destrucción ó desviación de las vías férreas... *con objeto de entorpecer la marcha de los trenes ó de hacerlos descarrilar*».

(3) Art. 437 del Código penal común: «El que inutilizare á otro con su consentimiento *para el objeto mencionado en el artículo anterior* [eximirse del servicio militar] incurrirá en la pena...». Este artículo está reproducido casi enteramente, con sólo variantes que no lo modifican en nada, por la ley de reclutamiento del ejército, art. 190, y por la de reclutamiento de la armada, art. 83.

(4) Art. 495 del Código penal: «El particular que encerrare ó detuviere á otro, privándole de su libertad, será castigado... Si el culpable diere libertad al encerrado ó detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado *el objeto que se propusiere...*, las penas serán...» (menores que en el caso contrario, sin que, al parecer, la imputabilidad del hecho en sí haya sufrido alteraciones).

(5) Art. 250, ya citado, del Código penal: «Son reos de sedición los que se alzan... para conseguir... cualquiera de los objetos siguientes: ... 4.° Ejercer, *con un objeto político ó social*, algún acto... 5.° Despojar, *con un objeto político ó social*, de todos ó de parte de sus bienes propios á alguna clase de ciudadanos, al municipio, á la provincia ó al Estado, ó talar ó destruir dichos bienes». Gracias á la pluralidad de intenciones, que se ve claramente, un hecho que ya es delito (de robo ó de usurpación, por ejemplo) y que, como tal, requiere su privativa intención, cambia de naturaleza y se pena de diferente modo al añadírsele una intención (objeto) nueva.

(6) Código de justicia militar, art. 245: «El militar que *sin objeto lícito* conocido... saque fuerzas armadas de una plaza... será castigado...». Art. 325: «El que maltratare de obra á un inferior... quedará exento de pena, cualquiera que sea el resultado del maltrato, si se prueba que éste *tuvo por objeto contener por un medio racionalmente necesario los delitos flagrantes* de traición...». Có-

otros documentos oficiales y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo) ú «objeto justificado» (1); bien de *fin* «de encarecer ó abaratar el trabajo» (2), «de alterar el precio de un remate» (3), de «reducir el importe de los derechos que se deben pagar» (4), de «obtener ventajas en las condiciones del trabajo» (5), «industrial y de lucro» (6), «de usar como legítimos objetos que no lo son» (7), «de causar daño» (8), «de causar perjui-

---

digo de la Marina de guerra, art. 137: «El marino que *sin objeto lícito* y sin la autorización competente desatracase de buque de guerra... será castigado. .».

(1) Código de justicia militar, art. 228: «Incurrirá en la pena...: 1.º El que subrepticiamente ó con disfraz se introdujere *sin objeto justificado* en las plazas de guerra...». Código de la Marina de guerra, art. 125: «Incurrirá en la pena...: 1.º El que en tiempo de guerra se introdujere subrepticiamente ó con disfraz y *sin objeto justificado* á bordo de los buques de la armada...».

(2) Art. 556 del Código penal: «Los que se coligaren *con el fin de encarecer ó abaratar abusivamente el precio del trabajo* serán castigados...». (Este artículo acaba de ser expresamente derogado por el art. 11 de la reciente ley de huelgas y coligaciones, de Abril de 1909.)

(3) Art. 555 del Código penal: «Los que solicitaren dádiva ó promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella á los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas ó cualquier otro artificio, *con el fin de alterar el precio del remate*, serán castigados...».

(4) Ley de contrabando y defraudación, art. 8.º, párrafo segundo: «Se incurrirá en delito de defraudación... en los siguientes casos: ... 2.º Por disminuir en las declaraciones, facturas y demás documentos reglamentarios establecidos para el despacho ó circulación de las mercancías la cantidad de éstas, ó variar la calidad de las mismas, *con el fin de reducir el importe de los derechos que han de satisfacer, ó de obtener la aplicación de franquicias que no les correspondan...*».

(5) Circular de la fiscalía del Tribunal Supremo, fecha 20 de Junio de 1902: «No es delito definido ni castigado en el Código penal la coligación y la huelga *con el fin de obtener ventajas en las condiciones del trabajo y en la cuantía de la remuneración...*».

(6) Ley de propiedad industrial, art. 134: «Son usurpadores de patentes los que atentan á los derechos de su legítimo poseedor, fabricando, ejecutando, trasmitiendo ó usando, *con fines industriales y de lucro...* copias dolosas ó fraudulentas del objeto de la patente».

(7) Tratado de extradición con Dinamarca, art. 1.º, núm. 22: «Reproducción fraudulenta ó falsificación de timbres, punzones, marcas ó sellos del Estado ó de una autoridad pública, *con el fin de usarlos como legítimos...*».

(8) Tratado de extradición con Dinamarca, art. 1.º, núm. 20:

cio» (1), «de desnaturalizar la verdad» (2), «personal» (3), «de declarar la guerra á España» (4), «de favorecer las miras del enemigo» (5), «de eximirse ó eximir á alguien de un servicio» (6),

---

«Falsificación en escritura ó en despachos telegráficos, hecha con intención fraudulenta ó *con el fin de causar daño*, así como el uso de títulos ó despachos telegráficos falsos ó falsificados, hecho con conocimiento y con intención fraudulenta, ó *con el fin de causar daño*».

(1) Código de la Marina de guerra, art. 118, párrafo tercero: «Si por el desvío del rumbo indicado por el práctico, ó del camino por el guía, no se ocasionare perjuicio á la expedición ú operaciones, justificándose que el práctico ó guía obró maliciosamente *con el fin de causarlo*, se impondrá la pena...».

(2) Código de justicia militar, art. 299: «Sufrirá la pena: ... 2.º El oficial que sobre asuntos del servicio dé á sabiendas informe falso de palabra ó por escrito... Si se vale de términos ambiguos, misteriosos ó condicionales, *á fin de desnaturalizar la verdad*, será castigado...».

(3) Código de justicia militar, art. 250: «El militar que en una pendencia, ó *para fines exclusivamente personales*, llame en su ayuda á centinela, regimiento ó compañía. . sufrirá la pena...».

(4) Código de justicia militar, art. 222: «Será castigado: ... 2.º El que induzca á una Potencia extranjera á declarar la guerra á España, ó se concierte con ella *para el mismo fin*». Lo mismo dice el art. 116, núm. 2.º, del Código de la Marina de guerra, y el art. 136 del Código común.

(5) Código de la Marina de guerra, art. 123: «Incurrirá en la pena: ... 5.º El que mantenga correspondencia ó inteligencia con el enemigo *con el fin de favorecer de algún modo sus miras*».

(6) Art. 323 del Código penal: «El facultativo que librare certificado falso de enfermedad ó lesión *con el fin de eximir á una persona de algún servicio público* será castigado...». Art. 195 de la ley de reclutamiento del ejército y art. 87 de la de reclutamiento de la armada: «El facultativo que, *con el fin de eximir á un mozo* (ó á un inscrito) del servicio militar (ó de la armada), librase certificado falso de enfermedad, ó de algún modo faltase á la verdad en sus declaraciones ó certificaciones facultativas, será castigado...». Junto al fin de que expresamente hablan las leyes citadas, pueden darse otros en la mente del que «con voluntad é intención» certifica en falso: v. g., el propósito de lucro, de perjudicar á tercero, de defraudar, de odio ó venganza, etc. Si estas ulteriores intenciones intervinieran, ¿no se agravaría la imputabilidad y la penalidad del agente, como hemos visto que otras veces sucede? Y si el certificado falso lo librare el facultativo sin la segunda intención que los citados artículos suponen («con el fin de eximir de algún servicio público»), ó con otra segunda intención distinta de la presupuesta, ¿habría punibilidad legal en tal proceder? Art. 430 del Código penal: «El que se mutilare ó el que prestare su consentimiento para ser mutilado con el *fin de eximirse del servicio militar*... incurrirá en la pena...».

«de influir en los resultados electorales» (1), «de que los electores voten ó dejen de votar candidaturas determinadas» (2), «ilícito» (3), «de evitar algún desorden» (4), «legítimo de proteger la vida» (5); ora de *ánimo* «de lucro» (6), «de defraudar» (7),

---

(1) Ley electoral, art. 65: «Serán castigados... los funcionarios públicos que... contribuyan á alguno de los actos ú omisiones siguientes: ... 9.º A descubrir el secreto del voto ó de la elección, *con el fin de influir en su resultado*».

(2) Ley electoral, art. 67, ya citado: «Todo acto, omisión ó manifestación contrarios á esta ley... que tenga por objeto cohibir ó ejercer presión sobre los electores para que no usen de su derecho, ó lo ejerciten contra su voluntad, *á fin de que voten ó dejen de votar candidaturas determinadas*, constituye delito...».

(3) Tratado de extradición con los Estados Unidos, art. 2.º, número 16, citado: «Secuestro de menores ó adultos... con objeto de obtener dinero..., ó para cualquier otro *fin ilícito*» Poco más ó menos, aunque alterando algo las palabras, dicen el tratado de extradiciónn con Guatemala (de 7 de Noviembre de 1895 y 11 de Junio de 1897), art. 2.º, núm. 15, y el celebrado con el Perú (23 de Julio de 1898), art. 2.º, núm. 12.

(4) Código de la Marina de guerra, art. 202: «El que maltratare de obra á un inferior sufrirá la pena... Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá aplicación y estará exento de responsabilidad el superior que castigue de obra á un marinero, soldado, fogonero... *con el fin de evitar algún desorden*».

(5) Ley de cables submarinos, art. 3.º, párrafo segundo: «Este artículo no es aplicable á las roturas ó deterioros cuyos autores no hubieren tenido más que el *legítimo fin de proteger su vida ó la seguridad de sus buques*».

(6) Art. 515 del Código penal: «Son reos del delito de robo los que, *con ánimo de lucrarse*, se apoderan...». Art. 530: «Son reos de hurto: 1.º Los que *con ánimo de lucrarse* toman las cosas.. ». Lo mismo dicen los arts. 298 (que trata del robo) y 303 (que trata del hurto) del Código de la Marina de guerra. Real decreto de 1884 sobre montes, art. 1.º, párrafo cuarto, y art. 4.º, párrafo segundo: «Si los productos hubieren sido extraídos del monte *con ánimo de lucrarse*... entenderán los tribunales ordinarios». Reglamento de sanidad exterior, de 1909 art. 231: «La sustracción ú ocultación de efectos destinados á ser inutilizados ó desinfectados, *con ánimo* de venderlos ó comprarlos [es decir, con ánimo de lucro], será castigado...».

(7) Art. 548, párrafo último, del Código penal: «Cuando se cometiere el mismo delito [el artículo trata de estafas y defraudaciones por diferentes medios, y el número inmediatamente anterior, de defraudación por sustracción ó inutilización de expedientes, proceso, etc.] *sin ánimo de defraudar*, se impondrá á sus autores...». Trátase en toda la sección á que pertenece este precepto de estafas y engaños: con lo que habrá en este caso una defraudación ó es-

«de causar perjuicio» (1), «de hacer perder á un hijo el estado civil» (2); ya de *miras* (3), *destino* (4), *deseo* (5), y otras palabras semejantes. A lo que es preciso añadir otros muchos pasajes en los que, sin emplear precisamente las mismas palabras ó frases de que acabamos de hacer mención, se hace uso de giros y expresiones que envuelven ideas equivalentes á las anteriormente indicadas, y con las cuales se quiere hacer alusión á los móviles, propósitos, etc. que se agitan en el alma del agente que comete ó trata de cometer delitos, buscando que el orden de la realidad exterior venga á colocarse de

---

tafa voluntaria (é intencional), pues de otro modo no sería delito (art. 1.°), pero realizada *sin* ánimo (ó intención) de defraudar. Sería á la vez un fraude querido ó intencionado (con la intención primera, la de los efectos directamente buscados y realizados) y no intencionado ni querido (con la voluntad é intención ulteriores). La defraudación querida é intencionada puede ser hecha, además, para tales ó cuales fines, propósitos ó intentos (v. g., con intención ó ánimo de lucro propio ó de lucro ajeno, para perjudicar á otro, con las dos finalidades á la vez, con otras finalidades distintas, etc.).

(1) Art. 318 del Código penal: «El que, con perjuicio de tercero ó *con ánimo de causárselo*, cometiere determinadas falsedades será castigado...». Art. 2.°, núm. 5.°, del tratado de extradición con Rusia: «Preparación ó conservación de dinamita ó de otras materias explosivas *con ánimo de causar daño en las personas ó en las cosas*...».

(2) Art. 483, párrafo segundo del Código penal: «Las mismas penas se impondrán al que ocultare ó expusiere un hijo legítimo *con ánimo de hacerle perder su estado civil*». Lo que puede luego lograr ó no lograr. Si no lo logra, ¿hay delito, es decir, trastorno del orden vigente, ó sólo tentativa, es decir, causa latente y peligro de posible trastorno futuro, ó sea capacidad delictuosa, que no es lo mismo, como luego se dirá? La exposición ú ocultación del hijo puede ir también guiada por otros propósitos, móviles, intenciones ó finalidades subjetivas (de lucro ó provecho personal, á fin de entrar en posesión de una herencia, v. g., etc.). Cf. con lo dispuesto en los arts. 495, párrafo último, y 507, núm. 1.°, *in fine*, del mismo Código.

(3) Art. 460 del Código penal: «El rapto de una mujer ejecutado... *con miras deshonestas* será castigado...». Art. 576. «Serán castigados... los que causaren daños... 1.° *Con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad*...».

(4) Art. 326 del Código penal: «El que fabricare ó introdujere cuños, sellos, marcas ó cualquiera otra clase de útiles é instrumentos *destinados* conocidamente á la falsificación de que se trata en los capítulos precedentes...».

(5) Art. 317, párrafo segundo, ya citado, del Código penal.

tal ó cual manera, por él apetecida. Véase, por ejemplo, los artículos que indican la idea de la finalidad (que podemos traducir por «intencionalidad ulterior») con la preposición «para» (1),

(1) Código penal, art. 8.º: «No delinquen: ... 7.º El que *para* evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena...». Art. 90: «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un hecho constituya dos ó más delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario *para* cometer el otro». El primer delito, en este último caso, es, digámoslo así, infraintencional ó subintencional, y consiste en algo como la realización de actos «preparatorios» — que la doctrina considera no punibles— para el otro, que es el verdaderamente perseguido y al cual hay que referir la intención del agente. Es lo mismo que se puede decir con relación á todos los delitos llamados «conexos», á los «formales», de que más atrás (p. 75 y sigs., nota) se han puesto bastantes ejemplos, y aun con relación á no pocos de los casos de la denominada «concurrencia» ó «concurso» de delitos, sobre todo del «formal» ó «ideal». Artículo 136: El español que indujere á una potencia extranjera á declarar guerra á España, ó se concertare con ella *para* el mismo fin, será castigado..». Art. 170: «Los que, perteneciendo á una fuerza armada, intentaren penetrar [aunque no penetren, ni consumen, por lo tanto, el que podríamos denominar «primer» delito, preparatorio de otros ulteriores] en el palacio de cualquiera de los Cuerpos colegisladores *para* presentar en persona y colectivamente peticiones á las Cortes incurrirán en la pena...». En análogos términos se expresan los artículos que siguen inmediatamente á este». Art. 243: «Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad contra el gobierno *para* cualquiera de los objetos siguientes...». Art. 250: «Son reos de sedición los que se alzan pública y tumultuariamente *para* conseguir por la fuerza [*aunque no lo consigan*], ó fuera de las vías legales, cualquiera de los objetos siguientes...». Art. 272: «Los que turbaren gravemente el orden público *para* causar injuria ú otro mal á alguna persona particular incurrirán en la pena.. ». Art. 387, párrafo segundo: «Si el abandono [de funciones públicas] se hiciere *para* no impedir, no perseguir ó no castigar cualquiera de los delitos comprendidos en los títulos 1.º y 2.º del libro II de este Código, se impondrá» al culpable...». Art. 411: «El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratas..., se concertare con los especuladores, ó usare de cualquier otro artificio *para* defraudar al Estado, incurrirá en las penas...». Art. 421: «El que prestare auxilio á otro *para* que se suicide será castigado...». Art. 424: «La madre que *por* [para] ocultar su deshonra matare al hijo... será castigada... Los abuelos maternos que, *para* ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito serán castigados...». Aquí, al revés de lo que en otras ocasiones sucede, la intención, móvil ó propósito final (egoísta, al cabo, no obstante) del acto aminora la punibilidad. ¿Disminuirá también la imputabilidad y su base, la «voluntariedad consciente y libre»? Lo propio ocurre en el caso siguiente. Art. 427: «La mujer que causare su aborto *para*

ocultar su deshonra incurrirá en la pena.. ». Art. 437: «El que inutilizare á otro con su consentimiento *para* el objeto mencionado en el artículo anterior [eximirse del servicio militar] incurrirá en la pena...». Concuerdan enteramente con este artículo del Código penal, reproduciendo casi del todo sus mismas palabras—conforme ha podido verse antes—, los arts. 189 y 190 de la ley de reclutamiento del ejército y los 82 y 83 de la de reclutamiento de la armada. Art. 459: «Incurrirán en la pena: ... 2.º El que *para* satisfacer los deseos de un tercero...» Art. 505: «La disposición del artículo anterior [que pena el allanamiento de morada] no es aplicable al que entrare en la morada ajena *para* evitar un mal grave á sí mismo, á los moradores ó á un tercero, ni al que lo hace *para* prestar algún servicio á la humanidad ó á la justicia». Artículo 511: «El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente á su deudor, *para* hacerse pago con ella, será castigado...». Artículo 512: «El que *para* descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles ó cartas y divulgare aquéllos será castigado...». Artículo 520: «El que *para* defraudar á otro le obligare...». Art. 555: «Los que solicitaren dádiva ó promesa *para* no tomar parte en una subasta pública...». Art. 592: «Serán castigados:. . 3.º Los traficantes ó vendedores que tuvieren medidas ó pesos dispuestos *para* defraudar...». Aquí parece que se trata (como en otros varios casos análogos, citados antes, pp. 75 y sigs., nota más arriba mencionada) de simples actos preparatorios, los cuales pueden, como tales, servir para la comisión de delitos, pero que *todavía* no han servido para ello. Por lo tanto, la función que con respecto á los correspondientes autores ejerce el Estado no será acaso una función propiamente penal, según el concepto ordinario de la misma como retributiva y expiatoria, pues no puede haber retribución donde no ha habido delito; sino que entrará dentro de la llamada «policía correccional», de índole esencialmente preventiva y preservadora. Iguales observaciones son aplicables al caso siguiente. Art. 593: Serán castigados... «1.º Los que esparcieren falsos rumores ó usaren de cualquier otro artificio ilícito *para* alterar el precio natural de las cosas...». Código de justicia militar, art. 222: «Será castigado: ... 2.º El que induzca á una potencia extranjera á declarar la guerra á España, ó se concierte con ella *para* el mismo fin. 3.º El que se levante en armas *para* desmembrar alguna parte del territorio nacional... 4.º El que *por* [para] favorecer al enemigo, le entregue la fuerza que tenga á sus órdenes... 5.º El que seduzca tropa española, o que se halle al servicio de España, *para* que se pase á las filas enemigas...». Art. 223: «Incurrirá en la pena... 3.º El que falsifique un documento... ó haga á sabiendas uso de él cuando se emplee *para* causar perturbaciones ó quebrantos en las operaciones de la guerra... 5.º El que... promueva algún complot ó seduzca alguna fuerza *para* obligar al que mande (en plaza sitiada ó bloqueada) á rendirse, capitular ó retirarse». Art. 235: «El que despoje de sus vestidos ú otros efectos á un herido ó prisionero de guerra, *para* apropiárselos, sufrirá la pena...». Art. 248: «Serán reputados culpables de sedición.. los que seduzcan tropas *para* promover... la insubordinación...». Art. 250: «El militar que... *para* fines exclusivamente personales, llame en su ayuda á centinela... sufrirá la pena...». Art. 292:

«El individuo que se inutilice voluntariamente *para* eximirse del servicio militar incurrirá en la pena...». Código de la Marina de guerra, art. 10: «Están exentos de responsabilidad criminal: ... 7.º El que, *para* evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en propiedad ajena...». Art. 88: «Cuando un delito sea medio necesario *para* cometer otro, se impondrá la pena...». Art. 116: «Será castigado... 1.º El abandono de su buque, cuerpo ó destino *para* pasarse al enemigo. 2.º La inducción á una potencia extranjera á declarar la guerra á España, ó el concierto con ella *para* el mismo fin. 3.º El levantamiento en armas *para* desmembrar alguna parte del territorio español». Art. 282: «El individuo... que se inutilizare voluntariamente *para* eximirse del servicio militar incurrirá en la pena...». Art. 290: «El oficial que interviniendo por razón de su cargo en subastas... se concertare con los interesados ó especuladores ó usare de cualquier otro artificio *para* defraudar... será castigado...». Art. 291: «El marino que reclamare á sabiendas haberes ó efectos... ó usare de cualquier otro artificio *para* defraudar... será castigado...». Art. 300: «El que despojare de sus vestidos ú otros efectos á un herido ó prisionero de guerra, *para* apropiárselos, sufrirá la pena...». Ley electoral, art. 65: «Serán castigados... los funcionarios públicos que... contribuyan á alguno de los actos ú omisiones siguientes: ... 7.º A la omisión voluntaria ó á la anotación inexacta *para* obstruir ó alterar la verdad.. ». Artículo 67: «Todo acto, omisión ó manifestación... que tenga por objeto cohibir ó ejercer presión sobre los electores *para* que no usen de su derecho... será castigado...». Ley de represión de la vagancia y mendicidad de los menores, art. 2.º: «Serán castigados...: 1.º Los padres... que maltratasen á sus hijos... *para* obligarles á mendigar». Ley de explosivos, art. 2.º: «El que colocare sustancias ó aparatos explosivos en cualquier sitio público ó de propiedad particular *para* atentar contra las personas ó causar daño en las cosas será castigado... El que empleare sustancias ó aparatos explosivos *para* producir alarma será castigado...». Ley de reclutamiento del ejército, art. 196: «El facultativo que recibiese por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptase ofrecimientos ó promesas *por* ejecutar un acto relativo al ejercicio de su profesión que constituya delito será castigado...». Exactamente lo mismo dice el art. 88 de la ley de reclutamiento de la armada. Ley de propiedad industrial, art. 134, párrafo tercero: «Son usurpadores de las marcas, dibujos ó modelos de fábrica los que *para* perjudicar los derechos ó intereses de su legítimo poseedor...». Ley de contrabando, art. 9.º: «Se reputarán delitos conexos: ... 2.º La falsificación, simulación ó suplantación de... cuando se cometan *para* verificar, encubrir ó disculpar el contrabando ó la defraudación». Ley de caza, art. 50: «El que entrando en propiedad ajena... ó se le encuentre con azada ó azadón ú otro instrumento parecido, lazos, hurones, perchas, reclamos ú otros ardides *para* aprisionar ó matar la caza, aun cuando no haya logrado su objeto, será responsable de delito...». Tratado de extradición con Alemania, artículo 1.º, núm. 30: «Por soborno de funcionarios públicos *para* que falten á los deberes de su cargo. Núm. 32: ... y por cualquier otro medio *para* detener un tren y hacerlo descarrilar». Tratado con Dinamarca, art. 1.º, núm. 7.º: «Atentado contra la libertad in-

ó con voces parecidas (1); ó aquellos otros en que se habla de «odio ó venganza» (2), ó en que se alude á móviles pasio·

---

dividual... *para* obligar á alguno á hacer ó dejar de hacer alguna cosa ó á abstenerse de ella». Tratado con Rusia, art. 2.º, núm. 20: «Amenazas hechas por escrito ó de cualquier otro modo *para* obtener dinero». Tratado con Francia, art. 2.º, núm. 13: «El atentado á las buenas costumbres, excitando, facilitando ó favoreciendo habitualmente *para* satisfacer las pasiones de un tercero...» Casi enteramente lo mismo dice el tratado con Bélgica, art. 2.º, núm. 3.º

(1) Código penal, art. 182. «Delinquen también contra la forma de gobierno: 1.º Los que en las manifestaciones políticas, en toda clase de reuniones públicas ó en sitios de numerosa concurrencia diesen vivas ú otros gritos que provocaren aclamaciones *directamente encaminadas* á la realización de cualquiera de los objetos determinados en el artículo anterior». Art. 471. «Es injuria toda expresión proferida ó acción ejecutada *en deshonra, descrédito ó menosprecio* de otra persona». Art. 557. «Los que esparciendo falsos rumores ó usando de cualquier otro artificio [que ahora no exige el Código que sea «ilegítimo», como lo exige, según se ha visto, en el art. 593; bastará con cualquier artificio, como en el art. 592, número 3.º] *consiguieren* alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías...». Como se ve, no basta en este caso con el intento de producir un efecto determinado (tal como ocurre, según el art. 50 de la ley de caza, citado poco ha, y en otros muchísimos de otras leyes, también citados), sino que es preciso haberlo conseguido de hecho. Y la «intención de lucro» sólo es aquí punible—como en el robo, v. g.—cuando vaya acompañada de actos en sí dañosos ó perjudiciales (de delitos por sí mismos), no en el caso contrario, cual sucede en otros artículos (por ejemplo, en los 592 y 593). Ley de reclutamento del ejército, art. 198: «La supuesta intervención de personas que no la hayan tenido en alguna de las operaciones del reemplazo, así como los demás actos que de algún modo *tiendan* á alterar la verdad y exactitud de dichas operaciones, serán castigadas...». Ley de propiedad industrial, art. 132: «Se consideran como hechos constitutivos de competencia ilícita... publicar anuncios, reclamos ó artículos de periódico que *tiendan* á despreciar la calidad de los productos de su contrincante...». Ley electoral, art. 65: «Serán castigados... los funcionarios públicos que... contribuyan... 11. A que se falte á la verdad... ó que por cualquiera acción ú omisión *se tienda* á evitar ó dificultar el oportuno conocimiento de la verdad electoral».

(2) Código penal, art. 8.º: «No delinquen: ... 6.º El que obra en defensa de ... un extraño, siempre que... el defensor no sea impulsado *por venganza...*». (Lo mismo dice el Código de la Marina de guerra, en su art. 10, número 6.º) Art. 250: «Son reos de sedición los que se alzan... para conseguir... cualquiera de los objetos siguientes ... 3.º Ejercer *algún acto de odio ó venganza* en la persona ó bienes de alguna autoridad ó de sus agentes 4.º Ejercer... *algún acto de odio ó de venganza* contra los particulares ó contra cualquiera clase del Estado». Art. 576: Serán castigados con la pena

nales (1), y en especial al de la codicia, que parece ser, por la frecuencia con que al mismo se está constantemente refirien-

---

de prisión correccional... los que causaren daños... 1.º Con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad, ó *en venganza* de sus determinaciones...».

(1) Código penal, art. 8.º: «No delinquen... 6.º El que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, *siempre que ... el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo*». Esta ilegitimidad—el criterio para discernir la cual no consta en parte alguna de las leyes y quedará entregado, por consecuencia, al arbitrio discrecional de los tribunales (tenido en estas materias por tan peligroso)—; esta ilegitimidad, digo, ha de ser equivalente á la intención, mira ó propósito que denuncia el estado criminal de un alma. Pero la legitimidad ó ilegitimidad del motivo (á las cuales se refieren varias veces las leyes expresamente: como en el mismo art. 8.º del Código penal común, núm. 11; en el art. 10, núm. 11 y en los 147, núm. 2.º, 158, párrafo primero, 167, párrafo primero, 172, párrafo primero, 173, párrafo primero, 175, núm. 2.º, 178, párrafo primero, 179, párrafo primero, y 212, del Código de la Marina de guerra; en los arts. 62, 68, núm. 3.º, y 69, número 8.º, de la ley electoral) ¿tiene que ver algo con la voluntariedad libre del agente, en la cual se apoya, según suele decirse, la imputabilidad y la responsabilidad? ¿Es esa ilegitimidad causa, ó elemento constitutivo, de la voluntad libre de los delincuentes, la cual, sin embargo, como toda voluntad libre (con libre albedrío ó libertad de indiferencia, que es la que se estima raiz del delito), tiene que carecer, justamente por ser libre—causa no causada—, de todo elemento determinador y causador, que es como decir de propia naturaleza, consistiendo la suya justamente en no tener ninguna?—En el precepto legal citado, la palabra «motivo» equivale á móvil interno de la acción (análogo á lo que significan otras veces la intención, ánimo ó propósito: v. g., en las citadas frases «intención de lucro», «ánimo de lucro», «propósito de lucro»), siendo así que, en otras ocasiones, el mismo Código da á la voz «motivo» el valor de causa ó razón de ser, y no la de finalidad, como en los artículos 441 y 442 del Código penal (que hablan de los motivos del duelo, entendiendo por tales la «causa» del duelo, según lo confirma el art. 447, que emplea expresamente la frase «causa de un desafío», á diferencia del móvil, propósito, finalidad ó ánimo de obtener «un interés pecuniario ó un objeto inmoral»), en el 69, núm. 8.º, de la ley electoral y en los arts. 1.º y 10 de la ley sobre préstamos usurarios, fecha 23 de Julio de 1908; ó también le da el significado de «interferencia accidental» productora de un efecto no directamente buscado («dolo eventual», que dicen algunos), cual sucede en el art. 516, números 1.º y 2.º del Código común (cuyo texto es: «cuando *con motivo* ó con ocasión del robo resultare homicidio», «cuando... *con motivo* ú ocasión del robo—pero *no de propósito*—se causare alguna de las lesiones penadas...»). Art. 9.º «Son circunstancias atenuantes:... 5.ª La de haber ejecutado el hecho *en vindicación* próxima de una ofensa grave... 7.ª La de *obrar por estímulos tan poderosos* (la apre-

do, el que preocupa acaso más el legislador (1) y, por lo tanto, según él, una de las más corrientes características del alma criminal.

XI

DIVERSIDAD DE CRITERIOS EN LA MISMA LEGISLACIÓN

La materia de la intención ó, digamos mejor acaso, del elemento interno del delito—del elemento que sirve para reco-

---

ciación de cuáles hayan de ser valederos al efecto queda también aquí á la discreción del tribunal] que naturalmente [¿querrá decir «por su propia virtud», con independencia de la voluntad del sujeto, la cual queda por aquéllos cohibida, si bien no totalmente, y por eso se trata de atenuante y no de eximente; ó querrá decir que los estímulos son tales, que no sólo han sido aptos para mover la voluntad del agente en el sentido en que éste ha obrado, sino que también habrían movido la de todo hombre normal puesto en situación análoga?] hayan producido arrebato y obcecación». Código de la Marina de guerra, artículos 10, núm. 6.º, y 13, circunstancias 5.ª y 7.ª (los cuales contienen idénticas disposiciones á las que acaban de ser citadas, pertenecientes al Código penal común). Art. 252: «El marino que devolviese sus títulos... ó se despojare de sus insignias, haciéndolo en *demostración de menosprecio*, incurrirá en la pena...» (Igual dice el Código de justicia militar en su art. 301, núm. 2.º). También pudieran referirse á este concepto de los móviles, el art. 294 del Código de justicia militar y el 146, núm. 1.º, del de la Marina de guerra, los cuales dicen, respectivamente, de este modo: «El que *por cobardía* sea el primero en volver la cara al enemigo incurrirá en la pena...» «Incurrirá en la pena... 1.º El marino que... *por debilidad* se separase del puesto que le hubieren señalado en el combate, se ocultase ó volviese la espalda al enemigo». ¿Qué culpabilidad (¿qué responsabilidad, dentro de las concepciones corrientes?) habrá en ser uno cobarde?

(1) La idea ó, mejor, la finalidad de lucro, que hemos visto asocian tantas veces nuestras leyes con los términos «intención», «ánimo», «propósito», etc., es referible á esto. Además, véanse, del Código penal, art. 10: «Son circunstancias agravantes:... 3.ª Cometer el delito *mediante* [esto es, por el móvil del] *precio, recompensa ó promesa*». Lo mismo repite el 418, circunstancia 2.ª, que convierte en asesinato (delito más grave) el homicidio cuando en él concurra la circunstancia de haberlo realizado «*por precio ó promesa remuneratoria*». ¿Habrá en este caso mayor voluntariedad libre que en el simple homicidio, ya que, siendo la pena mayor, habrá mayor responsabilidad y, por lo tanto, mayor imputabilidad que en este último, y la imputabilidad y la responsabilidad se quieren hacer depender sólo de la voluntad libre? Art. 337. «Siempre que la declaración falsa del testigo ó perito fuere dada *mediante cohecho*, las penas serán las inmediatas superiores en grado á las

nocer que en el sujeto de ciertos actos existe un alma criminal, fuente de las acciones delictuosas y base al mismo tiempo

---

respectivamente señaladas en los artículos anteriores...». (Cf. con los arts. 396 y sigs., que tratan expresamente del cohecho, y con el 555, antes citado.) Art. 437, párrafo segundo: «Si el que inutilizare á otro con su consentimiento lo hubiere hecho *mediante precio*, la pena será...». Art. 447. «Se impondrán las penas... 1.° Al que provocare ó diere causa á un desafío proponiéndose *un interés pecuniario*...». Art. 456 (reformado por la ley de 21 de Julio de 1904): «Incurrirán en las penas... 2.° Los que cooperen ó protejan públicamente la prostitución de una ó varias personas dentro o fuera del reino, *participando de los beneficios de este tráfico ó haciendo de él modo de vivir*». Art. 606 (reformado por la ley de 3 de Enero de 1907): «Serán castigados... 3.° Los que *por interés ó lucro* interpretaren sueños...». Del Código de justicia militar: art. 300: «Incurrirán en la pena... 2.° El oficial *que exija dádivas* en consideración á sus servicios...». Art. 302: «El militar que, destinado á perseguir la defraudación de las rentas públicas, quebrante su consigna *tomando parte en dicho delito*, incurrirá en la pena...». Art. 334: «Será castigado... 6.° El individuo de las clases de tropa *que exija ó admita dádivas* en consideración á sus servicios». Del Código de la Marina de guerra: art. 15, circunstancia 2.ª (idéntica á la 3.ª del art. 10 del Código penal común, antes citada). Art. 250: «El marino que sin autorización *admitiese dádivas, ó las exigiese, ó admitiese ó exigiese promesa de dádivas* en consideración á los servicios propios de su cargo será castigado...». De la ley de reclutamiento del ejército, art. 196, ya citado, y de la de reclutamiento de la armada, artículo 88, también citado. De la ley de protección á la infancia, prohibiendo entregarla á ejercicios peligrosos, fecha 26 de Julio de 1878, art. 1.°: «Incurrirán en las penas... 4.° Si la entrega [de los menores de diez y seis años, hecha por sus ascendientes, tutores ó maestros á individuos que ejerzan profesiones de acróbatas, gimnastas, etc.] se verificase *mediante precio, recompensa ó promesa*, la pena señalada se impondrá en su grado máximo». De la ley de 3 de Julio de 1903, sobre la mendicidad de los menores: art. 2.°: «Serán castigados... 1.° Los padres, tutores ó guardadores que maltrataсen á sus hijos ó pupilos menores de diez y seis años *para obligarles á mendigar, ó por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad*». Art. 3.° «Si la entrega [como en el caso de la ley anterior] fuese *mediante precio, recompensa ó promesa de pago*, se les castigará [á los padres que tal entrega hicieren] con la pena...». De la ley de propiedad industrial, art. 134: «Son usurpadores de patentes los que atentan á los derechos de su legítimo poseedor, fabricando, trasmitiendo ó usando, con fines industriales y *de lucro*..., copias dolosas ó fraudulentas del objeto de la patente». En su circular de 21 de Febrero de 1903 sobre el cumplimiento de la citada ley de 1878 relativa á los ejercicios peligrosos de los menores de diez y seis años, el fiscal del Tribunal Supremo habla también de «*impío afán de lucro*, puesto al servicio de *brutal especulación*».

de la imputabilidad y la responsabilidad criminales—, constituye, por tanto, en la mente de nuestro legislador (como también en la de los legisladores de otros países y en la de la generalidad de las personas, así del vulgo como de las clases que se dicen ilustradas, y aun en la de los penalistas profesionales) una verdadera maraña, conforme acabamos de verlo. Sobre ser muy variados los sentidos y aplicaciones que la voz «intención» (y sus equivalentes de «ánimo», «propósito», «fin», etc.) recibe, pensando unas veces en alguno de ellos y otras en otros, lo que ya es origen de confusión, parece indudable que no siempre tienen las leyes (y las doctrinas á que ellas pretenden responder) iguales exigencias. Artículos hay en que parece que con una sola clase de intención puede darse materia punible; es más, aun faltando la intención propiamente dicha, y con sólo que la acción material ejecutada haya sido voluntaria, el delito existe, si bien no siempre (1) bajo la forma dolosa, sino bajo la culposa, imprudente, descuidada, negligente, etc. Mientras que en otros muchos artículos, se requiere, de manera bien terminante, la presencia de una pluralidad —por lo menos de una dualidad—de intenciones. Con que yo mate á un hombre, por ejemplo, con propósito (intención) de matarlo, y aun sin tal propósito, inadvertidamente, pero por no haber tomado ciertas precauciones que la prudencia con que tiene que hacerse la vida social ordinaria obliga á guardar, es bastante para que se me tenga legalmente por homicida. Para nada se requiere entonces que yo haya ejecutado el hecho, ya en sí punible, con una ulterior intención (por el móvil de la codicia ó el de la venganza, supongamos), la cual, regularmente, ni siendo mala ni siendo buena influye en la punibi-

(1) Mas sí algunas veces, como cuando la ignorancia no excluye la imputabilidad. «La autoridad que obra fuera de las facultades que le atribuye su cargo *nunca puede alegar con provecho*, para eludir su responsabilidad, *la falta de intención*, porque deber suyo es conocer los derechos y obligaciones inherentes á las funciones que desempeña», dice una sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Noviembre de 1888.

lidad de la acción en sí, ni en la imputabilidad del agente (1). Igual que del homicidio, cabe decir de otros varios delitos contra las personas, de la mayoría de las falsedades, y de mil más, tanto del Código penal común como de las leyes especiales. En cambio, como la sustracción de la cosa mueble ajena, lo mismo mediante fuerza ó intimidación que sin ella, no se haya hecho *con ánimo de lucro,* no puede haber legalmente delito de robo, ni de hurto. No solamente no cabe aquí (ni en los demás casos análogos), al tenor literal del Código (arts. 515 y 530 del Código penal común, y 298 y 303 del de la Marina de guerra), la comisión de delitos por imprudencia ó descuido, aun siendo muy posible que unas personas perjudiquen á otras con sus propios actos voluntarios (que entonces, ó vendrían á caer bajo la sanción de las disposiciones penales relativas á la coacción, á los daños, etc., ó quedarían impunes por ser considerados como hechos lícitos), sino que tampoco cabe la ejecución de los delitos de que se trata cuando el apoderamiento de las cosas muebles ajenas hubiere tenido lugar, sí voluntaria é intencionadamente—con lo que hemos llamado voluntad de «segundo grado» ó intención «primera»—, pero sin ánimo de lucro (con intentos de odio, v. g., ó de filantropía, etc.). Lo mismo ocurre con la certificación falsa de enfermedad expedida voluntariamente, á sabiendas, intencionadamente, por

---

(1) Puede servir de ejemplo para el caso, por el modo como está redactado, expresivo á más no poder, el art. 150 del Código común, que dice así: «El que sin autorización bastante [indebida ó ilícitamente, por lo tanto] levantase tropas en el reino para el servicio de una potencia extranjera, *cualquiera que sea el objeto que se proponga..* será castigado...». Es decir, que en este caso, como en los demas análogos, la finalidad ulterior que persiga el delincuente, la segunda intención, los propósitos, los móviles que le inspiren al obrar, son cosa que al juez no debe preocuparle—al revés de lo que otras veces le prescribe el mismo legislador—; de modo que, ni siendo *bueno*, laudable, aun de los llamados meritorios, el *objeto* con que el acto haya sido practicado, cabrá alegarlo ni apreciarlo como causa *justificativa* para declarar *impune* á su autor; ni siendo, al revés, *malo* y censurable, será tampoco permitido considerar *más delincuente* el alma del sujeto de quien se trate, para someterla á *penalidad mayor*.

un facultativo, pero *no* con el fin de eximir á una persona de algún servicio público ó del servicio militar (arts. 323 del Código penal común, 195 de la ley de reclutamiento del ejército, y 87 de la de reclutamiento de la armada), y con otra multitud de formas de hacer, incluídas en la legislación penal (1).

Con una sola forma de intención, con la «primera», es *suficiente* para delinquir (aun cuando puede también darse una «segunda», y hasta una «tercera», pero *innecesarias*, como un *plus* sobreabundante) en los casos de los artículos siguientes del Código penal común, muchos de los cuales tienen sus equivalentes en otras leyes (2): 136 y siguientes, 144 y siguientes, 157 y siguientes, 165 y siguientes, 181 y siguientes (3), 189 y siguientes, 204 y siguientes, 236 y siguientes, 243 y siguientes, 250 y siguientes, 263 y siguientes (4), 266 y siguientes, 271 y siguientes (5), 280 y siguientes, 283 y siguientes, 294 y

(1) La exposición ó el abandono de un niño constituye diferente delito, según se haya realizado con ó sin ánimo de hacerle perder su estado civil (arts. 483 y 501 del Código penal). Esta misma alteración (de actos lícitos á ilícitos, ó de el delito tal al delito cual) experimentan la mayoría de los comprendidos en los artículos citados en el párrafo anterior, según que intervenga ó no en ell s tal ó cual elemento interno, intencional ó finalista de los indicados por las correspondientes leyes.

(2) En los Códigos de justicia militar y de la Marina de guerra, ley de explosivos, de contrabando, electoral, etc., etc.

(3) Los móviles ó intenciones posteriores de los autores de los delitos sancionados por los artículos que quedan citados—donde están incluídos los delitos llamados «políticos», cuyos causantes son á menudo apellidados delincuentes «honrados»—pueden ser censurables y malos, pero también pueden ser, y lo son á veces, nobles y levantados, lo que no estorba para que á dichos autores se les considere como delincuentes verdaderos, merecedores de pena.

(4) Se reproduce la nota anterior, si bien en los arts. 243 y siguientes, 250 y siguientes y 263 puede ya advertirse—como también en los 181 y siguientes—un cierto desdoblamiento del mundo interior del delincuente, ó sea de su intención, propósito, «objeto», etcétera.

(5) Se reproduce la nota 2 de esta página. Sobre todo el delito previsto por el art. 274 (al que podemos asimilar otros del mismo cuerpo legal, y también, acaso muy principalmente, el 238 del Código de la Marina de guerra) puede ser ejecutado con altos fines piadosos y caritativos; y este mismo y los demás, con fines de

siguientes, 303 y siguientes, 314 y siguientes, 320, 322, 324, 325, 342 y siguientes, 349, 350, 351 y siguientes, 358 y siguientes, 361 y siguientes, 373, 375 y siguientes, 380 y siguientes, 384 y siguientes, 388 y siguientes, 394 y siguientes, en la mayoría de los delitos contra las personas, contra la propiedad, contra la honestidad, contra la libertad y seguridad, y bien podemos decir que en casi todas las faltas. De modo que con la ejecución voluntaria (ya dolosa, es decir, intencional, ya meramente culposa ó imprudente) del hecho prohibido ó señalado por la ley (ó con la omisión del acto obligatorio), hay bastante, en la mayoría de los casos, para que el alma del respectivo agente sea tenida como criminal y para que los efectos producidos por tal hecho sean penalmente imputables.

En cambio, se ve claramente que el legislador no se para en el simple acto voluntariamente ejecutado, ni se queda satisfecho con la intención en él inmediatamente revelada, sino que alude á una *segunda* intención del autor del mismo, ya para considerar á éste como culpable, ó como más culpable, ó como menos culpable, ó hasta como exento totalmente de culpabilidad y penalidad, ya para alterar la naturaleza del delito, en una multitud de casos, en los cuales, por lo tanto, se da una verdadera concurrencia de intenciones. Pueden ser citados á este respecto los siguientes artículos pertenecientes á diferentes leyes. Del Código penal común: 8.º, núms. 6.º y 7.º; 9.º, circunstancias 5.ª y 7.ª; 10, circunstancia 3.ª; 90, 170 y

---

mejoramiento social. Frecuentes son las llamadas «campañas» de la prensa y de la opinión en favor de la concesión de amnistías y de indultos, ya generales ó ya particulares (v. g., de periodistas, de agitadores políticos y demás). Estas campañas tienen por objeto extraer de las cárceles, mediante presiones y aun intimidaciones ejercidas sobre los gobiernos, á delincuentes recluídos en ellas, que es precisamente lo que castiga el mentado art. 274. Sin embargo, tales presiones no son consideradas como delitos, en atención, según suele decirse, á los móviles ó intenciones que inspiran á sus autores. ¿No debería entonces aplicarse igual consideración á todos los actos legalmente prohibidos, cuando los fines ó intenciones ulteriores de los respectivos agentes fueran buenos, generosos, levantados?

siguientes, 181, párrafo primero, 182, núm. 1.º y aun el número 2.º, 184, párrafo primero, 243, párrafo primero, 250, párrafo primero y núms. 4.º y 5.º; 263, núm. 1.º; 272 (1), 288, párrafo segundo, 316, 317, párrafo segundo, 318, 319, 323 (2), 326, 331, 337, 346, párrafo segundo, 387, párrafo segundo; 396 y sigs., 418, circunstancia 2.ª; 421, 424, 427, párrafo segundo; 433, párrafo segundo; 436, 437, párrafos primero y segundo; 447, núm. 1.º; 456, núm. 2.º; 459, números 2.º y 3.º; 460, 471, 483, párrafo segundo; 495, párrafo tercero; 505, 507, núm. 1.º, 510, 511, 512, 515, 520, 530, núms. 1.º y 2.º; 548, párrafo último; 555, 556 (recientemente derogado), 557, 574, 576, núm. 1.º; 592, núm. 3.º; 593, núm. 1.º, y 606, núm. 3.º Del Código de justicia militar: arts. 222, núms. 2.º, 3.º, 4.º y 5.º; 223, núms. 3.º y 5.º; 228, núm. 1.º; 235, 245, 248, 250, 292, 294, 299, núm. 2.º, párrafo segundo; 300, núm. 2.º; 301, núm. 2.º; 302, 325, párrafo segundo, y 334, núm. 6.º Del Código de la Marina de guerra: arts. 10, núms. 6.º y 7.º; 13, circunstancias 5.ª y 7.ª; 15, circunstancia 2.ª; 88, 116, núms. 1.º, 2.º y 3.º; 118, párrafo tercero; 123, núm. 1.º; 137, 146, número 1.º, 202, párrafo segundo; 232, 250, 252, 282, 290, párrafo primero, 291 y 300. De la ley de contrabando: arts. 3.º, núm. 6.º; 8.º, núm. 2.º, y 9.º De la ley electoral: arts. 63, 65, sobre todo los núms. 7.º, 9.º y 11; 67 y 68. De la ley de propiedad industrial: arts. 132 y 134, párrafos primero y tercero. De la ley de reclutamiento del ejército: arts. 189, 190, 195, 196, párrafo segundo, y 198. De la de reclutamiento de la armada: artícu-

(1) No basta, como en el artículo anterior (el 271), por ejemplo, con turbar el orden (hecho material voluntario), para que el delito se dé; es preciso turbarlo «para causar injuria ú otro mal á alguna persona particular», ó «para impedirla el ejercicio de sus derechos políticos».

(2) Nótese la diferencia entre este artículo y otros de la misma sección, v. g., el 324. Mientras, según este último, el simple hecho de librar una certificación falsa constituye ya delito, según el 323, por el contrario, conforme se ha visto antes (p. 123, nota 6), solamente lo hay cuando, además, el falso certificado de enfermedad lo librare un facultativo «con el fin de eximir á una persona de algún servicio público».

los 82, 83, 87 y 88, párrafo segundo. De la ley de explosivos: art. 2.º De la ley de cables submarinos: arts. 3.º y 7.º De la ley de caza: art. 50. De la ley de secuestros con objeto de robo: art. 1.º De la protección á la infancia: art. 1.º, núm. 4.º De la relativa á la mendicidad y vagancia de los menores de dieciséis años: art. 2.º, núms. 1.º y 2.º, y art. 3.º Del R. D. sobre montes: arts. 1.º, párrafo cuarto, y 4.º, párrafo segundo. Del reglamento de 1909 sobre sanidad exterior: art. 231. Del tratado de extradición con los Estados Unidos: art. 2.º, números 7.º, 8.º, 9.º y 16. Del tratado con Cuba: art. 2.º, núm. 13. Del tratado con Alemania: art. 1.º, núms. 9.º, 15, 23, 24, 25, 30 y 32. Del tratado con Dinamarca: art. 1.º, núms. 7.º, 13, 20, 21, 22 y 27. Del tratado con Bélgica: art. 2.º, núm. 2.º Del tratado con Rusia: art. 2.º, núms. 5.º, 20 y 22. Del tratado con Francia: art. 2.º, núms. 4.º, 6.º, 31 y 38, *d*). Del tratado con Inglaterra: art. 2.º, núms. 11, 19 y 21, *b*), *d*). Del tratado con los Países Bajos: art. 1.º, núms. 12, 16 y 19. Del tratado con la República Argentina: art. 2.º, núm. 12.

Un examen algo detenido de las disposiciones que se acaban de citar, y su comparación con otras contenidas en las distintas leyes penales vigentes, persuade al observador de que el legislador nuestro, ó no tiene concepto alguno fijo, seguro y claro del delito y de la situación interna que convierte en delincuentes á los hombres, ó, de tenerlo, es un concepto sumamente complejo, que no formula en parte alguna concretamente, que no cabe en la definición del art. 1.º del Código penal común (ni en las correspondientes á ella de los artículos 171 del Código de justicia militar y 1.º de el de la Marina de guerra), y que necesita ser extraído de multitud de afirmaciones y disposiciones, no siempre armónicas, sino, al revés, diversas y aun incompatibles y contradictorias entre sí á menudo, cuando menos en apariencia.

Advirtamos por de pronto que, unas veces, la punibilidad del acto se hace depender, más todavía que del acto mismo, considerado en sí, objetivamente (más que de su intrínseca

maldad, según se suele decir, pues tanto puede ser malo como bueno, tanto lícito y aun meritorio como prohibido: v. g., el hecho á que se refiere el art. 328 del Código penal), del móvil ó fin perseguido por el agente, fin que el legislador considera como antisocial y, por antisocial, intolerable; mientras que, otras veces, esa punibilidad se halla justamente en el acto mismo, con perfecta independencia del objetivo tras del cual el sujeto vaya. El legislador quiere que, allí, se averigüe la que hemos llamado segunda intención, la cual constituye para él *un requisito esencial* de la especie de delito de que se trate, de tal modo que, sin ella, ese delito (ó en su caso la correspondiente exculpación) no puede existir; y el propio legislador pretende que, aquí, por el contrario, se omita toda investigación relativa á la intención segunda, por innecesaria, ya que la cualidad de voluntario que el acto tiene es suficiente para imprimirle la marca de punible. Pueden compararse entre sí á este efecto muchos de los artículos citados antes (pp. 135 á 138); y para no salir del Código penal común, y aun ciñéndonos á algunos ejemplos tan sólo, no dejará de ser instructiva la confrontación de los arts. 288, párrafo segundo, 316, 317, párrafo segundo, y 319—donde se requiere de una manera inexcusable la intención de lucro—, con los 282, 283, párrafo segundo, 284, 285, 287, 293, párrafo segundo, 300, 301, 304, 306, 310, 312, 313, 325, 332 y sigs. y 339, relativos todos á las falsedades—donde esa intención no se requiere—, y con los 361 y sigs., sobre prevaricación, con el 393, sobre nombramientos ilegales, y con algunos otros, en los cuales ocurre lo mismo. El contraste se advierte muy bien leyendo los citados artículos 323 y 324. Y por eso, mientras lo general es que el legislador se desentienda del fin buscado por el agente, y que el hecho por éste ejecutado ó intentado ejecutar sea de por sí delito, independientemente de que aquel fin haya sido logrado ó no lo haya sido, hay, en cambio, algunos casos en que, si este fin no se consigue, el acto, ó no es calificado legalmente de delito, ó viene considerado por la ley como de

menor gravedad que cuando el sujeto ha obtenido el resultado personal que quería obtener. Es á este propósito interesante la consulta de los arts. 436 (comparado con el 437, en que la obtención ó no del fin perseguido se deja á un lado), 495, párrafo tercero, y 507, núm. 1.º (1).

La complicación, fuente de incertidumbre, es bastante mayor todavía. Pudiera decirse que comienza ahora. Vayan los lectores fijándose y consulten, si les parece, á fin de comprender mejor las breves observaciones que voy á exponer, los preceptos legales á que he de ir haciendo expresas referencias (2).

En bastantes disposiciones suyas, el legislador exige, para que haya materia de delito, no tan sólo que se haya ejecutado real y efectivamente algo que diremos estima intrínseca y objetivamente malo (delictuoso en sí mismo), sino también que se haya ejecutado con voluntad directa ó intención de ejercitarlo, persiguiendo deliberamente los efectos dañosos obteni-

---

(1) Agréguense los arts. 136, 243, 250, 272, 317, párrafo segundo, 318, 319, 323, 331, 433, párrafo segundo, 447, núm. 1.º, 460 y 471, 483, párrafo segundo, 515, 558, 574 y 576, núm. 1.º del Código común; los arts. 223, núm. 3.º; 231, núm. 2.º y párrafo último; 235, párrafo segundo; 253, núm. 2.º; 254, 261, párrafo segundo; 279, número 1.º, y 305 del Código de justicia militar; los arts. 118, párrafos segundo y tercero; 126, 150, 152, 172 y sigs.; 205, 232, 234, 261, 274, 276, 277, 281, 287 y sigs., y otros del Código de la Marina de guerra. Pueden relacionarse también con esto muchos de los artículos de diferentes leyes, citados con otros motivos (v. g., los de la nota 2 de la p. 81, y los de esta misma p. 81 y de la 82).—Si en todos los casos á que estos artículos se refieren, ó por lo menos en algunos de ellos, v. g., en los de los 272, 323, 331, 433, párrafo segundo, 471, 483, párrafo segundo, y 574 del Código común, resultaren fallidos los intentos que el agente busca, ¿podrá decirse que hay legalmente delito, ya que falta el daño real, elemento indispensable de él, según se dice á todas horas, y solamente existe la revelación de un sér socialmente peligroso, con quienes sus conciudadanos no pueden vivir en tranquila confianza? ¿O serán considerados tales casos como simples tentativas de delito ó delitos frustrados? De todas maneras, el dato del fin subjetivo, de la intención ó propósito ulterior perseguido por el agente, desempeña aquí un papel muy principal.

(2) Yo me excuso de copiarlos, porque ya lo he hecho, á lo menos de la mayoría de ellos, en las páginas anteriores, al estudiarlos desde otro punto de vista.

dos. Es el caso que parece más ordinario y corriente. Debajo de esta categoría caen la generalidad de los artículos en que se habla de acciones (malas en sí) ejecutadas «á sabiendas», «de propósito», «intencionadamente», «voluntariamente», etc. Regístrense, v. g., los arts. 425, 429, 430 y otros varios del Código penal común, y todas las demás disposiciones análogas citadas en las pp. 60 y sigs. y 89 y siguientes de este mismo libro, con sus correspondientes notas.

Pero también se penan, no sólo acciones intencionales (previstas y queridas), de las que ha resultado un daño no intencional (preterintencional), y se penan teniendo en cuenta este daño, como tal (v. g., en el art. 426 del Código común), y no como simple motivo de agravación, según lo que dispone el art. 65, regla 1.ª, del propio Código (véase antes las pp. 68 y sigs.); sino que se hacen igualmente objeto de represión acciones ejecutadas, sí, intencionalmente («á sabiendas», «de propósito»...), pero las cuales no han originado daño alguno, aunque son capaces de originarlo: acciones, por consiguiente, que, en sí mismas consideradas, *no son objetivamente delictuosas*, y cuya delictuosidad, por lo tanto, proviene, no de ellas mismas—que ningún perjuicio han producido—, sino de la mera intención que las anima (sin embargo de que se dice que *las intenciones por sí solas no son penables*—véase antes la nota 1 de la p. 57), ó del peligro que envuelven (á pesar de que se dice que solamente se da el delito cuando existe daño, su elemento externo *indispensable*, ó cuando hayan dado siquiera comienzo los actos de ejecución—art. 3.º del Código común—, por lo que no es admisible el delito en los casos de tentativa imposible, en que sólo se ofrece peligro subjetivo, pero no daño real, ni aun peligro objetivo). Corresponden á esta categoría muchos de los delitos de falsedad incluídos en el Código, varios de estafa, de prevaricación, cohecho, coacción, etc. (1), y multi-

(1) Hay también en él otros muchos esparcidos aquí y allá, como, por ejemplo, el del art. 151, donde se considera como delictuoso un hecho, en sí y como tal, inocente ó indiferente (el hecho de

tud de faltas (cuya característica, para algunos, es la de ser hechos *meramente peligrosos*, los cuales, por consiguiente, más que á la esfera penal propiamente dicha, pertenecen á la de la llamada «policía correccional»). Corresponden también los aludidos en la nota 3 de la p. 74 y en la de las pp. 75 y siguientes de este libro. A los que conviene añadir otros muchos de diferentes leyes (1). En la mayoría de los cuales, si no pudiera decirse que completamente en todos, la razón de su punibilidad se encuen-

---

mantener correspondencia en tiempo de guerra con país enemigo ú ocupado por sus tropas), sin otra razón, probablemente, más que la de dar por supuesta—pues explícitamente nada dice la ley—una intención segunda que se califica de mala por lo peligrosos (*no*, dañosos) que son los actos que ella inspira.

(1) Por ejemplo, los siguientes: 222, 223, núm. 1.°; 224, números 2.° y 3.°; 225, 227, 230, 240, núm. 2.°, 241, 244, 246, 249, 250, 251, 252, 255 (quizá también el 259 y el 260, párrafo segundo), 262, 280, 281, 282, 291, 300, núm. 2.°; 301, núms. 2.° y 3.°; 305, párrafo último, y 334, núm. 6.°, del Código de justicia militar; 6.°, núm. 6.°, 116, núms. 2.°, 5.°, 6.° y 7.°; 117, núms. 1.°, 4.° y 7.°; 119, 121, párrafo segundo; 123, núms. 1.°, 2.° y 3.°; 125, 130, 131, 138, 140, 153, 158, 161 y sigs., 172 y sigs., 199, 216 y sigs., 250, 252, 271 y sigs., 300, 302, y otros del Código de la Marina de guerra; 273, 555 y varios más del Código común; 191, 196, párrafo segundo, y 198 de la ley de reclutamiento del ejército; 88, párrafo segundo, de la de reclutamiento de la armada; 1.° y siguientes de la relativa á los ejercicios peligrosos de los niños; el artículo único, párrafo segundo, de la ley de 8 de Febrero de 1907 sobre empleo de explosivos en la pesca; los arts. 51 y 52 de la ley de pesca fluvial, fecha 27 Diciembre de 1907; el art. 96 del reglamento de pesas y medidas, de 4 Enero de 1907; los arts. 1.° y sigs. de la ley sobre mendicidad y vagancia de los menores; los arts. 132 y 134, párrafo tercero, 137 y siguientes de la ley de propiedad industrial; varias disposiciones de los tratados de extradición; el art. 237, párrafo segundo, y otros del reglamento de 1909 sobre sanidad exterior; el artículo 15 de la ley de policía de ferrocarriles; el 3.°, núm. 6.°, y el 18, circunstancias 6.ª, 7.ª, 11, 12 y 13, de la ley de contrabando; el art. 40, núm. 7.°, y otros, del reglamento de instalaciones eléctricas, de 15 Junio de 1901; diferentes artículos (65, núm. 9.°, 67, etc.) de la ley electoral; varios también de la ley de orden público de 23 Abril de 1870, y en especial el 8.° y siguientes y el 21; el artículo 2.°, núm. 3.°, el 11, el 16, el 24 y siguientes de la ley de indulto, de 18 de Junio de 1870; algunos preceptos de la ley del Jurado, de 1888 (v. g., los arts. 59, 86, 88 y alguno más), y de otras leyes, en donde sólo se penan simples desobediencias que no han causado daño alguno. V. también el tratado de extradición con Holanda, art. 1.°, núms. 16 y 19, y el con Francia, art. 2.°, núm. 6.°.

tra exclusivamente en la intención (tenida por mala) con que son practicados, en el ulterior efecto que se quiere producir socialmente: pues los actos mismos son por lo regular indiferentes, equívocos (1), y tanto pueden servir para fines buenos, como para fines malos; de manera que la intención es la que los califica, siendo buenos si ésta lo es, y malos si es mala; pero no teniendo por sí, é indefectiblemente, ni el primer carácter, ni el segundo. Hay en estos casos dos intenciones, la primera y la segunda: *aquélla no es mala;* y si la segunda, *que sí lo es,* no interviniese, el hecho, aun habiéndose realizado voluntariamente, á sabiendas, de propósito, intencionadamente, no sería delito, al contrario de lo que se ha visto ocurre cuando se verifica la hipótesis anterior (2).

---

(1) «Preparatorios», meramente, por lo tanto. Los actos de «ejecución», únicos en donde empieza la punibilidad, según la teoría sobre la génesis del delito admitida por nuestro Código (es la teoría objetivista de la escuela llamada francesa, y sobre todo de Rossi, introducida en nuestra legislación desde 1848, por influjo especialmente de Pacheco), se caracterizan, dentro de la misma, por ser actos «unívocos», ó sea actos cuya realización revela ya por sí una intención delictuosa determinada, la de cometer un delito concreto, sin que puedan servir para la comisión de ningún otro; y por eso, tales actos forman parte del delito mismo, el cual con ellos *ha comenzado* á ser perpetrado, de suerte que *pertenecen á los elementos constitutivos* de dicho delito, al revés de lo que pasa con los actos llamados simplemente «preparatorios».

(2) La diferencia entre la una y la otra puede verse de resalto en estos ejemplos: El que (voluntariamente, intencionadamente, de propósito), hiciere uso de una cédula de vecindad falsa *comete delito*, desde luego, y sin requerirse ninguna otra condición ni efecto (art. 322 del Código penal común). En cambio, el que (también voluntariamente, intencionadamente, de propósito) hiciere uso de un despacho telegráfico falso, ó presentare en juicio ó hiciere uso de un documento falso, *no comete delito*, como no practique dichos actos *con intención de lucro*, que es una nueva intención, voluntad ó propósito (arts. 317 y 319 del mismo Código). El que (á sabiendas, de propósito, intencionadamente) se mutilare ó prestare su consentimiento para ser mutilado, *tampoco comete delito* (no obstante darse los dos elementos que se dicen ser *esenciales* para la existencia de éste: el interno y el externo, ó sea la voluntad é intención—dolo—y el daño), si no lo hace *con el propósito*, fin, ánimo ó intención *de eximirse del servicio militar* (arts. 426 del Código penal, 189 de la ley de reclutamiento del ejército y 82 de la de reclutamiento de la armada). Y así en una multitud de casos, que

Pero en otras muchísimas ocasiones no se requiere tan sólo la intervención necesaria de *dos* intenciones (por lo menos, pues pueden intervenir más aún, como en el art. 67 de la ley electoral), sino que además se presupone ó se exige *que ambas sean malas*. Necesítase, pues, para que haya delito: *a*) un acto no indiferente ó no sólo peligroso (que pudiera producir daño á alguien), sino en sí malo (que lo haya producido realmente), efectuado intencionadamente, de propósito ó á sabiendas de lo que se hace; *b*) que este acto malo é intencionado se practique con una segunda intención mala, ó sea para malos fines, malos propósitos, con mala (ulterior) intención. Son referibles á esta categoría (por más que algunos de ellos aparezcan dudosos, por no saberse bien si ciertas intenciones las tiene el legislador como buenas, ó como malas) los delitos señalados en los cuerpos legales siguientes: Código penal común: arts. 10, circunstancia 3.ª (1); 90, 181, 243, 250, 263, 272, 318, 330, 337, 346, párrafo segundo; 387, párrafo segundo; 396, 397, 418, circunstancia 2.ª; 433, párrafo segundo; 436, 437, párrafo segundo; 447, 456, núm. 2.°; 459, núms. 2.° y 3.°; 460, 483, párrafo segundo; 507, núm. 1.°; 512, 515, 520, 530, 555, 574, 576, núm. 1.°, y

---

dejamos antes citados. La redacción de algunos de los preceptos legales correspondientes conduce á resultados bien extraños. Así, á tenor del art. 318 del Código común, la falsificación (hecho voluntario, con voluntariedad de segundo grado ó intención primera) de un documento privado, no realizada en perjuicio de tercero, ni con ánimo de causárselo, sino en beneficio propio y con ánimo, supongamos, de lucro, ó para fines de defensa de la propia vida, el honor ó la fama, *no* es delito. Mientras que si lo es, según el art. 319, el hacer uso del documento falsificado, con intención de lucro. De la propia manera, el apoderarse de las cosas muebles ajenas con violencia ó intimidación en las personas, ó empleando fuerza en las cosas, pero *sin* ánimo de lucrarse, no es rigorosamente delito en España, desde el punto de vista legal: pues, ni constituye robo, para cuya existencia se requiere el ánimo de lucro (art. 515 del Código penal), ni hurto, por intervenir violencia y no ánimo de lucrarse (artículo 530), ni usurpación, la cual sólo puede recaer sobre una cosa inmueble ó un derecho real (art. 534).

(1) Suponiendo que la intención de lucro, llamada también de ordinario «interés personal», sea mala. Véase lo que dejamos dicho en la nota 1 de la p. 114

593, núm. 1.º Código de justicia militar: arts. 222, núms. 3.º, 4.º y 5.º; 223, núms. 3.º y 5.º; 228, núm. 1.º; 245, 248, 292, 294, y algún otro. Código de la Marina de guerra: arts. 15, circunstancia 2.ª; 88, 116, núms 1.º y 3.º; 137, 146, núm 1.º; 232, 282, 290, párrafo primero; 291, 298 y 303. Ley de contrabando: arts. 8.º, núm. 2.º; 9.º, núms. 1.º, 2.º, 4.º y 6.º; 18, circunstancia 5.ª Ley de propiedad industrial: arts. 132 y 134. Ley electoral: art. 65, núms. 7.º y 11, y art 67. Ley de reclutamiento del ejército: arts. 189, 190, 195 y 196. Ley de reclutamiento de la armada: arts. 82, 83, 87 y 88. Ley de secuestros de personas: art. 1.º Ley sobre ejercicios peligrosos de los niños: art. 1.º, núm. 4.º Ley sobre la mendicidad y la vagancia de los menores: art. 2.º, núm 1.º, y art. 3.º Real decreto sobre montes: art. 1.º, párrafo cuarto, y art. 4.º, párrafo segundo. Reglamento de sanidad exterior: art. 231. Tratado de extradición con Alemania: art. 1.º, núms. 9.º, 23, 24, 25 y 30. Con Dinamarca: art. 1.º, núms. 20, 21, 22 y 27. Con los Estados Unidos: art. 2.º, núms. 7.º, *c*), 8.º, 9.º y 16. Con los Países Bajos: art. 1.º, núm. 16. Con Rusia: art. 2.º, núms. 5.º, 20 y 22. Con Inglaterra: art. 2.º, núm. 11. Con Francia: art. 2.º, número 31. Con Cuba: art. 2.º, núm. 13.

Diferente posición mental que las dos ó tres á que nos acabamos de referir, ó lo que viene á ser lo mismo, diferente criterio para la declaración de la existencia del delito imputable—que quiere decir tanto como que se da ó no alma delincuente en el sujeto de un acto—, es la que el legislador adopta en otras disposiciones distintas de las que se acaban de citar. Así, hallamos bastantes, en las cuales podría afirmarse que «la intención salva al individuo» (al contrario que pasa en la primera de las hipótesis enumeradas); en las que, por la buena (ó la no mala) intención con que éste ha practicado acciones de suyo malas, ilícitas, dañosas, delictuosas, se le exculpa ó se le disculpa total ó parcialmente. Aquí hay *una primera intención mala* (para continuar con la terminología que vengo empleando), *acompañada de una segunda intención buena* (ó no censurable

socialmente), y esta última tiene la eficacia bastante (lo que otras muchas veces no ocurre) para borrar el carácter maligno que pueda tener aquélla. Véanse, como ejemplos de ello, los artículos legales en que se contienen las denominadas por los autores «causas de justificación» de los agentes de hechos delictuosos, y también algunas de las llamadas «excusas absolutorias»; y entre otros los siguientes: arts. 8.°, núms. 4.°, 5.°, 6.°, 7.°, 11 y 12; 9.°, circunstancias 1.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, y aun la 7.ª y la 8.ª; 346, párrafo tercero; 403, 424, 427, 431, párrafo último; 437, párrafo tercero; 438, 505, 512, párrafo tercero, y 580, del Código penal común; arts. 228, núm. 1.° (1), 235 (2), 245 (3), 250 (4), 263, 292 (5), 294 (6) y 325, párrafo segundo, del Código de justicia militar; arts. 10, núms. 4.°, 5.°, 6.°, 7.°, 11 y 12; 13, circunstancias 1.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, y aun la 7.ª y la 8.ª; 123, núm. 1.°, 137, 202, párrafo segundo, 264, 282 y 305 del Código de la Marina de guerra; art. 3.°, párrafo segundo, de la ley de cables submarinos, etc. Esta interpretación ha dado á nuestras leyes algunas veces el Tribunal Supremo. Véanse, por ejemplo, las siguientes sentencias: «*La buena fe y racional creencia,* no despertada por estímulos de conveniencia particular ni otro interés doloso, *hace desaparecer*, por prueba en contrario, *la presunción juris de la voluntad y malicia del acto ejecutado*» (sent. de 12 de Diciembre de 1878). «*La creencia del agente, profesada de buena fe*, y sin dato alguno que á ello se oponga, de que obra en virtud de un derecho, *excluye toda idea de intención punible*, cualquiera que sea el grado de responsabilidad civil que contraiga» (sent. de 18 de Noviembre de 1893.

(1) Cuando haya «objeto justificado».

(2) Cuando el despojo no sea hecho con fines de apropiación.

(3) Cuando los hechos á que se refiere sean practicados con un «objeto lícito».

(4) Si la llamada no tiene «fines exclusivamente personales».

(5) Cuando la inutilización no sea «para eximirse del servicio militar». Cf. los artículos correspondientes, ya citados, del Código común, de la ley de reclutamiento del ejército y de la de reclutamiento de la armada.

(6) Volver la espalda por otra razón que no sea la cobardía.

Análogamente, otra de 13 de Octubre de 1893). Habiendo sido condenado como autor de un delito de lesiones un individuo que había aplicado (sin ser médico) inyecciones de morfina á dos niños, produciéndoles morfinomanía, interpuso recurso de casación, que admitió el Tribunal Supremo, por considerar que «los actos realizados por el recurrente *no aparecen encaminados á causar mal, sino más bien á remediar otros anteriores*, reales ó presuntos...» (sentencia de 18 de Enero de 1896).

Esta segunda buena (no mala) intención *no tiene*, en cambio, otras veces poder bastante *para excluir la punibilidad*: como acontece (suponiendo que el deseo de lucro sea legítimo, sobre todo en los comerciantes, según es corriente decir) en los casos de los arts. 555 y 593, núm. 1.°, del Código penal; 134 de la ley de propiedad industrial; 2.° y 3.° de la ley sobre la mendicidad de los menores, y alguno más; y como sucede asimismo en los casos á que se refieren los arts. 228 (expropiación de bienes *para un servicio público ó una obra pública*), 364 (dictar una sentencia injusta *en favor* del reo), 323 (ya citado) y aun algún otro del Código común. Son también de añadir los artículos 510 y 511 del mismo Código penal común: el primero de los cuales considera punible la violencia ejercida sobre alguien (acción voluntaria é intencional, que la ley tiene por mala, si bien quizá puede hasta no serlo), á pesar de que esa violencia tenga por objeto obligarle á practicar un acto *justo* (con lo que la violencia va inspirada por una intención *buena*, ya que es bueno el fin que con ella se persigue: algo así como lo que sucede con la coacción ejercida por el Estado sobre los ciudadanos remisos ó rebeldes al cumplimiento de su deber, coacción que por eso se justifica); y el segundo (el 511) castiga también la violencia de quien se apoderare de una cosa perteneciente á su deudor (que se niega á cumplir, ó demora indebidamente el cumplimiento de su obligación), no para hacer daño á nadie, ni para ningún otro fin ilícito, sino con la «honrada» intención de hacerse pago con ella y recobrar lo que legítimamente le pertenece.

Por el contrario, la mala intención es lo suficientemente eficaz por sí sola para convertir en punibles actos que en sí mismos no lo son, ó que hasta en ocasiones se estiman laudables, generosos y meritorios. Podemos señalar dentro de este epígrafe: del Código común, el art. 8.º, núm. 6.º, *in fine* (acaso también el 574), y el art. 10, núm. 6.º, del de la Marina de guerra.

Finalmente, si es posible mostrar algún caso en que, aun concurriendo el *hecho malo ó dañoso,* ejecutado *con mala intención primera* y *con mala intención segunda* (por venganza, que el legislador estima generalmente ser un móvil ilícito), sin embargo, al agente se le aminora (por lo menos) la penalidad, ó sea la imputabilidad, siendo considerada su alma como *menos* delincuente que si hubiese obrado en otras condiciones (por ejemplo, á sangre fría, pero no por venganza) (1), también se dan otros en que, tratándose de hechos *lícitos ó indiferentes en sí* y ejecutados acaso *sin* mala intención, ó hasta *con* buena, son, no obstante, considerados como legalmente punibles, más que nada, por el peligro que parece revelan. Sirvan de ejemplo los arts. 151, 152, 170 y 393 del Código penal común; el 7.º de la ley de cables submarinos; el 50 de la ley de caza, y algunos artículos de los códigos militares.

De todo lo cual parece inferirse como conclusión la de que el concepto del delito legal en España, especialmente en lo que toca al llamado elemento interno, ó sea el estado de alma que convierte en delincuente á su autor, es bastante difícil determinarlo. El legislador lo define, y parece que esa definición habría de bastar para que no nacieran dudas. Pero no es así. Como vamos viendo, la explicación del requisito de la voluntariedad, que caracteriza como punibles (imputables) á los actos penados por la ley, resulta sumamente compleja y embrollada, desde el propio punto de vista del legislador, el cual dice unas veces una cosa, y otras veces cosa distinta y hasta

(1) Véanse el art. 9.º del Código común, circunstancia 5.ª, y el 13, circunstancia 5.ª, de el de la Marina de guerra.

contraria, cuando menos en la apariencia. El investigador que, por el examen de la legislación española vigente, pretenda formular un concepto general del delito, extractado, por decirlo así, del material que la misma le ofrece, se tiene que ver, creo yo, no poco apurado y ha de aguzar mucho sus entendederas.

XII

SOBRE EL VALOR DE LAS INTENCIONES

Todo lo dicho hasta ahora y todas las citas de textos legales que hemos aducido parecen mostrar que la psicología criminal que sirve de base á los preceptos del legislador español y á lo que pudiéramos denominar su concepción total y orgánica relativa á la génesis del delito en el alma de su autor y al significado é interpretación que debe darse al mismo delito para los efectos de la imputabilidad y la punibilidad, es una psicología bastante más complicada de lo que aparece á primera vista, más complicada de lo que suele figurarse el propio legislador, y de lo que como él y con él se figuran los teorizadores de la doctrina tocante al llamado elemento interno del delito y á los datos indispensables para la responsabilidad, ó influyentes en ella. El legislador —al igual de sus directores científicos, y al igual también de aquella otra entidad en que uno y otros se apoyan, á la que piden inspiración y de la que ellos mismos forman también parte, ó sea el pueblo, el sujeto de la conciencia nacional y de las convicciones colectivas, traducidas en múltiples formas (hacer consuetudinario, etcétera)—, atiende á muy diferentes factores, según se ha visto (y aún no hemos hablado de todos), para encontrar materia de criminalidad en el alma de los individuos que realizan tales ó cuales actos tenidos por delictuosos. No ven, á lo que parece, la delincuencia, no ven el alma criminal, fuente del obrar delictuoso, ó cuando menos no la ven en todos los casos, sólo en requisitos de orden puramente mental, sino también en otros

de índole emocional y afectiva (1); y por eso, la imputabilidad, para ellos, no depende, conforme suelen decir y creer, exclusivamente de la conciencia intelectual, esto es, de la mera iluminación previa del propio futuro hacer, debida al entendimiento, á la previsión y representación deliberada de los efectos por el agente buscados y obtenidos, sino que depende también, y más acaso todavía, por lo menos á veces, de los sentimientos, los gustos, las propensiones, los instintos, los apetitos y pasiones del sujeto: apetitos, propensiones, pasiones, instintos, sentimientos y gustos, que éste tiene, no ya porque él deliberada y voluntariamente se los haya dado, sino á menudo aún á su pesar y contra los anhelos de su voluntad consciente.

Mas de este punto de vista, al cual se han hecho antes algunas referencias, y del que luego tendré que ocuparme nuevamente, aunque por aspecto distinto, he de prescindir ahora, en cuanto es posible (pues absolutamente no lo es), para continuar el examen de lo que puede ser denominado factor ó elemento intelectualista de la voluntad, representado por la intención, el intento, el propósito, el ánimo, etc., del delincuente.

Los varios casos que hemos ido tomando del articulado del Código penal común, referentes á la calificada como voluntariedad de tercer grado, ó como intención segunda ó ulterior, que reside en el mundo interno del agente y que representa su aspiración y su esfuerzo por convertir en situación efectiva en el mundo exterior la que ya es efectiva en su mente, no pueden ser considerados como perfectamente iguales. En todos ellos hay una intención, ánimo ó propósito que trasciende del propósito ó intención directamente revelado en el hecho material practicado y en los inmediatos efectos de él; pero esas

(1) V. g., en el ansia de lucro, de venganza y odio, de causar daño; en los «poderosos estímulos que producen arrebato y obcecación»; en el ensañamiento; en el deseo de ocultar la propia deshonra; en la malicia, etc.: todo lo cual se refiere, más acaso que á la llamada voluntad consciente, á aquel «lastre» del espíritu de que ya se ha hablado.

intenciones ó propósitos escondidos, que por hallarse ocultos es menester inferir por tales ó cuales señales ó síntomas cuando el sujeto mismo no los revela, son múltiples y á menudo diversos, y no pueden ser colocados en una sola línea, ni tratados igualmente, como si formaran una categoría única.

Repasando los ejemplos legales poco hace recordados, se advierte que, en algunos de ellos, la finalidad ulterior que el sujeto persigue con el acto, ya malo en sí, que intencionada y voluntariamente (no con mera culpa, imprudencia ó negligencia) ha realizado, sin dejar de tener algo de subjetiva, porque esto no es posible, dado que el agente siempre va con sus actos tras de alguna satisfacción personal, sin embargo, reviste un carácter marcadamente objetivo. En ciertos casos, la propia acción está sirviendo de medio á la utilidad ó finalidad ajena, y no á la de uno mismo: como en aquéllos á que se refieren los arts. 8.º, núms. 5.º y 6.º, 323, 333, 364, 373, 374, 421, 437, 459 (reformado por la ley para la represión de la trata de blancas), núms. 2.º y 3.º; y 466, del Código común. En otros, por el contrario, el agente se mueve directamente en pos de un perjuicio ajeno, aun cuando sea con ulterior beneficio propio: tal ocurre en los casos de los arts. 272, 317, párrafo segundo, 318, 319, 328, 329, 332, 346, párrafo segundo, 361 y sigs., 433, párrafo segundo, 471, 548, núm. 6.º, y 584, núms. 2.º, 3.º y 5.º, del propio Código; en el del art. 200 de la ley de reclutamiento del ejército; en el del art. 134, párrafo tercero, de la de propiedad industrial; en el del art. 1.º, núms. 23 y 24, del tratado de extradición con Alemania; en el del art. 2.º, núm. 5.º, del tratado con Rusia. Algunas veces se persigue un fin ú objeto que diríamos general, y que no se traduce en provecho subjetivo: como en las hipótesis de los arts. 170 y siguientes, 181, 182, 243, 250 y gran parte de los comprendidos en los títulos I, II y III del libro segundo del Código penal (delitos contra la seguridad exterior del Estado, contra la Constitución y contra el orden público), donde se hallan los delitos denominados «políticos», ó sea, al parecer (porque el concepto de los

mismos está poco claro), aquellos hechos que, implicando una delincuencia objetiva, aunque no general y permanente, sino sólo relativa á un círculo social determinado, los realizan individuos no fundamentalmente criminales, que lejos de ir guiados en su conducta por el ansia de personales beneficios, ó buscando la satisfacción de pasiones antisociales y egoistas, lo que les lleva á la acción es el deseo de avances ó mejoras colectivas (1). Otras veces, el objeto está legalmente tan indetermi-

---

(1) En España, como en otras partes, se hace á menudo una separación entre delitos comunes y delitos políticos, y á ella se refieren en algunas ocasiones las leyes: v. g., los tratados de extradición, que excluyen de ésta á los «delitos políticos»; el real decreto de 10 de Mayo de 1874, que autorizó al ministro de la Gobernación para crear una penitenciaría en el Puerto de Santa María, donde extinguieran sus condenas los «penados políticos sin confundirse con los de delito común», y aprobó el reglamento para el régimen de la misma; el reglamento de la prisión celular de Madrid, de 23 de Febrero de 1894, el cual habla con repetida insistencia—arts. 172, 228, 238, 360, etc.—de «presos políticos» y de «detenidos ó presos por delitos políticos», contraponiéndolos á los «delito común»; la ley de orden público, de 23 de Abril de 1870, que opone también—arts. 7.°, párrafo segundo, 23 y algún otro—á los delitos «comunes» otros delitos (de que precisamente trata ella) que no pueden ser comunes y que serán, aun cuando ella no les da nombre especial, los delitos políticos; el real decreto de 1.° de Febrero de 1904, regulando el servicio del Registro Central de penados y de reseñas antropométricas, el cual—en la instrucción 6.ª, relativa á los gabinetes antropométricos—excluye de la reseña descriptiva antropométrica á «los procesados por delitos políticos». Conviene advertir que esta distinción de delincuentes es en España relativamente antigua, pues ya los reales decretos de 17 de Julio de 1841 y 6 de Abril de 1844, y la ley de prisiones de 26 de Julio de 1849, art. 25, mandaban que en las cárceles estuvieran los reos políticos separados de los demás. Y la ley de 21 de Octubre de 1869, fijando las bases para la reforma de cárceles y presidios, establecía también—en su base 18.ª—lo siguiente: «Para los detenidos ó presos por causas políticas, habrá en todos los establecimientos penales las separaciones oportunas, para que en ningún caso puedan ser confundidos con los detenidos y presos por delitos comunes...».

Sin embargo, la separación á que nos referimos, bastante frecuente en el uso común, no está suficientemente clara ni en la doctrina ni en la legislación. (Acaso sea una distinción facticia y, por lo mismo, indefendible, y de aquí su dificultad. Yo me inclino quizá hacia este lado, aun cuando ahora no me es posible decir por qué. En el curso de este mismo escrito hay, no obstante, algunas observaciones pertinentes al caso.) El Código penal, no sólo no la establece de manera formal y expresa, sino que no hace á ella alusio-

nado, que tanto puede ser, en el ánimo del delincuente, el daño ó el provecho ajeno, como el propio, como uno de índole general: así en los arts. 483, párrafo segundo, 495, párrafo ter-

---

nes, á lo menos que yo recuerde: pues no se tomarán por tales las palabras «objeto *político* ó social» que hemos visto emplea en el artículo 250, núms. 4.º y 5.º, y las cuales, más que para cualificar el delito mismo, en sí, sirven para especificar la intención ó el móvil del agente. De todos modos, por lo que dice no es posible saber cuál sea un objeto ó móvil «político», á diferencia del que no tenga este carácter; y por otro lado, si el objeto político que se persigue convierte ahora en político (y no en común) al delito cometido (que ha de consistir en ejercer «actos de *odio* ó de *venganza*» contra alguien, ó en «*despojar* á alguien de sus bienes ó en destruírselos ó talárselos», lo cual no son acciones muy generosas y nobles, que digamos), en otras ocasiones, en que tal propósito acompañe á la conducta delincuente, nadie creería que el Código permita decir que, por causa del móvil subjetivo, se trata de una conducta, criminal sí, pero política, y no común: v. g., si uno, fuera de una sedición, en cualesquiera casos y circunstancias, matase, robase, estafase ó violase, al intento de ejercer, «*con un objeto político ó social*, algún acto de odio ó de venganza contra los particulares ó contra cualquiera clase del Estado».—El mismo Código, que en el art. 259 pudo hablar de delitos «comunes» como opuestos á los «políticos» (según lo hacen los arts. 242 del Código de justicia militar, 133 de el de la Marina de guerra y 23 de la ley de orden público, que son análogos á éste), huye de tal denominación y acude á otra, poco usada, diciendo: «Los delitos *particulares* [¿quiere decir comunes: hurto, homicidio, asesinato...?] cometidos en una rebelión ó sedición, ó con motivo de ellas, serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código».

Otras leyes y prescripciones de distinta índole han tratado de suplir la indicada omisión de éste, ya directa ó ya indirectamente, diciendo cuáles de los delitos en él comprendidos han ser tenidos como políticos. Por cierto que todas hacen mención de delitos objetivos, es decir, que señalan como delitos políticos tales ó cuales actos, y no todos los actos, sean los que fueren, que se ejecutan con tal ó cual intención, finalidad, objetivo ó móvil; aun cuando parece que, en parte á lo menos, dicho elemento se presupone. La ley de orden público hace objeto de sus medidas—no aplicables, conforme se ha visto, á los delitos «comunes»—los delitos *contra la Constitución* del Estado, *contra la seguridad interior* y *exterior* del mismo y *contra el orden público*» (art. 2.º, núm. 1.º). La ley de indulto, de 18 de Junio de 1870, sin darles denominación alguna, hace dos grupos de los delitos, para los efectos de la concesión del indulto. Al primero corresponden los delitos ordinarios ó comunes, que son los más; y al segundo, una porción de ellos que la ley trata excepcionalmente, con más favor que los anteriores, y que son los comprendidos, según ella (arts. 3.º y 29), «en los capítulos I y II, título II, libro II, y capítulos I, II y III, título III, del mismo libro del Códi-

cero, 576, núm. 1.º Y las hay también en que parece que el objetivo es mixto: pues, á la vez, v. g., que la satisfacción del interés ó el placer ajenos, se va también en busca del propio:

---

go penal» (ó sean todos los delitos contra la Constitución—lesa majestad, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y la forma de gobierno y delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución—y los de rebelión y sedición). La más expresiva al efecto es una ley de 15 de Febrero de 1873, la cual define los delitos políticos directamente, pero sólo para el efecto de determinar el sitio en que los procesados y penados han de sufrir la detención ó la condena, respectivamente. Según esta ley, se considerarán como delitos políticos todos éstos: «1.º Los comprendidos en el libro II del Código penal que á continuación se expresan: Título I, caps. I [traición], II [que comprometen la paz ó la independencia del Estado] y III [contra el derecho de gentes]. Título II, cap. I, en todas sus secciones [lesa majestad, etc.]; cap. II, en sus secciones primera y tercera, y arts. 229, 230, 231, 232 y 234 en la sección segunda del mismo capítulo. Título III, caps. I, II y III [rebelión y sedición]; caps. IV [atentados contra la autoridad y sus agentes] y V [desacatos, insultos, etc., á la autoridad y demás funcionarios públicos], en todos aquellos casos en que, por el carácter de la autoridad ofendida ó del acto oficial con cuyo motivo se haya cometido el delito, pueda éste ser considerado como político. 2.º Todos los delitos comprendidos en el Código penal, cometidos por medio de la prensa en cualquiera de las manifestaciones de ésta, á excepción de los que se persigan á instancia de parte. 3.º Los hechos conexos é incidencias de delitos políticos, que los tribunales apreciarán por su naturaleza y circunstancias especiales de cada uno de ellos, su tendencia, objeto y relación que tuvieran con el delito principal, *debiendo desde luego calificarse como políticos*, por regla general [nótese la vaguedad con que el legislador tiene que expresarse], tratándose del delito de rebelión, la sustracción de caudales públicos, la exacción de armas, municiones y caballos, la interrupción de las líneas férreas y telegráficas, la detención de la correspondencia y demás que tengan íntima é inmediata relación [otra vez la vaguedad], ó sea un medio natural y frecuente de preparar, realizar ó favorecer el delito principal». El reglamento aprobado para el régimen de la penitenciaría política creada por el mencionado decreto de 10 de Mayo de 1874 dice, en su art. 1.º, que «se considerarán penados políticos los que hayan cometido alguno de los delitos contra la Constitución y el orden público de que tratan los títulos II y III [no añade del libro II, seguramente por un olvido] del Código penal; excepto los que constituyan agresión personal, injuria ó desacato á particulares ó á autoridades, los que cometan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y los que se oponen al libre ejercicio de los cultos».

Toda esta materia de los delitos llamados políticos merece un estudio atento *ad hoc*, que es menester dejar á un lado ahora, aplazándolo para otra ocasión.

arts. 337, 437, párrafos primero y segundo, 456 (reformado por la citada ley de 21 Julio 1904), núm. 2.º; ó bien, á este propio interés acompaña el perjuicio ajeno en la mente del sujeto: por ejemplo, los arts. 288, párrafo segundo, 309, 310 y otros del título de las falsedades, 411, 520, 536, 548, núms. 5.º y 6.º, 551, 553, etc.

En cambio, la finalidad subjetiva, sin pensar en la objetiva, ó no pensando en esta última sino como medio de llegar á la primera, es la que requiere el Código expresamente en muchos casos, con unas ú otras palabras, ó la que da por necesariamente existente. Mientras que á la intencionalidad objetiva, á que nos acabamos de referir, no le cuadra, sino acaso impropiamente, el nombre de «móvil» del acto, esta otra finalidad personal, cualquiera que sea la forma en que se manifieste, de las muchas que puede adoptar, es, por el contrario, lo que se viene denominando con aquella palabra. Lo que le mueve á uno á obrar es el anhelo de beneficio personal: como en las hipótesis de los arts. 10, circunstancia 3.ª, 280 y sigs., referentes á las falsedades, 316, 317, párrafo segundo, 319, 326, 330, 331, 337, 357, núm. 1.º, 386, 396 y sigs., 407, 408, 411 y siguientes, 415, 418, circunstancia 2.ª, 424, 427, 437, párrafo segundo, 447, núm. 1.º, 460, 507, núm. 1.º, 515, 520, 530, 547 y sigs., 555 y sigs., 592, núm. 3.º, 593, núm. 1.º, 606 (reformado por la ley de 3 de Enero de 1907), núm. 3.º, y otros, donde hay muchos casos, quizá la mayoría de ellos, en que no solamente no piensa uno en causar daño á tercera persona, sino que si le fuera posible obtener su beneficio ó placer personal sin perjudicar á nadie, así lo haría (1); ó también, le mueve el ansia de satisfacer un deseo pasional, ó de darle desahogo, pero sin ningún beneficio propio tangible, más que el de que-

(1) De esta clase son las hipótesis á que se refieren, v. g., los artículos que se ocupan del robo, el hurto, la estafa, la usurpación, las defraudaciones, los delitos contra la honestidad y otros muchos. Véanse también los que llevan los números 375, núms. 1.º y 2.º, 378, párrafo segundo, 387, 406 y 407.

dar el agente como descansado por haber conseguido librarse de la pesadumbre interior que sentía oprimirle: según ocurre en los casos de los arts. 9.º, circunstancias 5.ª y 7.ª, 10, circunstancias 2.ª, 6.ª, 7.ª, y aun alguna otra, 250, números 3.º y 4.º, 346, párrafo segundo, 418, circunstancias 1.ª, 4.ª y 5.ª, 424, 427, párrafo segundo, 438, 445, 447, núm. 2.º, 448 y siguientes., 576, núm. 1.º (1).

En todos estos ejemplos, parece que la voluntariedad del acto material ejecutado por el sujeto, y aun la voluntariedad de los inmediatos efectos con él obtenidos, son cosas distintas de la intención final de que aquél se halla animado, la cual tiñe de su propio color la acción entera. Esta intención final, por la que en otras muchísimas ocasiones ni siquiera se pregunta—como si no influyese para nada en la criminalidad del acto, en su génesis psicológica, ni consiguientemente en su imputabilidad (dentro de las concepciones corrientes relativas á esta última) (2)—, es ahora lomás importante de todo; hasta el punto de que, ó no hay delincuencia en un acto cuando ella no interviene, aun siendo ese acto socialmente dañoso ú objetivamente malo (3), ó la delincuencia del mismo cambia al compás de esa intervención (4). Pero también parece que esa intención final, cuando es necesaria, tiene diferente valor según los casos. Regularmente, agrava ó acrece la delictuosidad; mas algunas veces también la disminuye, como pasa cuando interviene el móvil subjetivo á que aluden los arts. 403, 424, párrafos primero y segundo (el deseo de ocultar la deshonra, ya propia ó ya de una hija), 427, párrafo segundo, 438, 448 y siguientes. El móvil con que el acto se ejecuta, y no la volunta-

(1) Algunas sentencias del Supremo, como la de 15 de Enero de 1885, declaran de un modo expreso que «los móviles que hayan inducido al agente á obrar» se deben tener en cuenta para graduar la imputabilidad y la pena.

(2) Recuérdese lo dicho más atrás, pp. 44 y 45.

(3) Tal, por ejemplo, parece ser el caso a que se refieren los artículos 323 (quizá los 361 y sigs.), 436 y otros.

(4) En la mayoría de los casos citados acontece así.

riedad del mismo, pues igual es voluntario cuando obedece á un móvil que cuando obedece á otro, viene, pues, á alterar ó modificar su delincuencia. En esto se apoyan las gentes para disculpar ó absolver á ciertos delincuentes judicialmente condenados, autores de hechos objetivamente nocivos y con voluntad ejecutados; y en eso mismo se apoyan no pocos escritores, y con ellos algunos códigos (v. g., el italiano), para distinguir entre delincuentes y delincuentes: ó sea, entre aquellos que realizan voluntariamente sus delitos, pero animados de intenciones ó móviles no deshonrosos, y aun acaso nobles, generosos, liberales y de sacrificio, y aquellos otros delincuentes que practican sus delitos voluntarios, llevados de intenciones ó móviles ruines, egoistas, de propio y exclusivo provecho. Lo cual trae consigo un régimen doble de penas, ó de penas paralelas: siendo unas de ellas deshonrosas, como los móviles de los delincuentes á quienes se aplican, y las otras no deshonrosas.

La razón más escondida de esto ha de hallarse, creo yo, en que la base de la punibilidad se coloca—aun dentro de las concepciones corrientes, á que nuestro Código pretende responder—, no ya en los actos mismos realizados, ni en la voluntariedad de ellos, sino en el alcance que tienen en la mente de su autor: que es como decir, en los móviles ó intenciones de éste. O de otra manera: que lo que, para el legislador, como para el vulgo y para los doctos que apoyan la obra de aquél, quieren las penas tomar por criterio de aplicación y de medida, por lo menos multitud de veces, no es el delito en sí, voluntariamente practicado, en su gravedad objetiva, sino el peligro que su autor ofrece para la coexistencia social; peligro que se revela por diferentes indicios ó señales, y entre ellas, como muy principal, por las intenciones, propósitos ó móviles de su conducta. Cuando estos móviles (confirmados por los antecedentes y por la historia entera del sujeto, que por eso conviene mucho conocer) (1), indican una permanente y grave capacidad delictuosa,

(1) Los antecedentes, mandan á veces las leyes tenerlos en cuenta, para, en vista de ellos, obrar: v. g., el art. 25 de la ley de

una capacidad delictuosa crónica, supongamos, que hace del agente en quien ella reside un elemento de constante zozobra é intranquilidad sociales, y con respecto al cual no tienen motivos para mostrarse confiados los demás individuos que con él convivan, sino que, al revés, los tienen para estar en perpetua desconfianza y alarma, en tal caso se estima necesario adoptar frente al mismo unas medidas de precaución y seguridad, que se llaman penas, cuyo objetivo es, antes que castigar los hechos dañosos ó delictuosos ya realizados, y antes que retribuir ó compensar el mal por ellos producido, conjurar el peligro que para el porvenir ofrece la permanencia, dentro del medio social, de ciertas personas que son enemigas del buen orden en ese medio, á causa precisamente de su capacidad, propensión ó tendencia á la ejecución de hechos tenidos por socialmente perjudiciales y delictuosos. ¿Puede ser otro, más que éste, el fundamento de la punibilidad, ó el del aumento ó la disminución en la punibilidad, que hemos visto acompaña á ciertos hechos delictuosos, no según la material gravedad de los mismos, ni según la voluntariedad con que hayan sido practicados, sino según la finalidad, la intención ó el móvil que haya guiado el espíritu de sus autores?

Claro está que si es así, el problema de la punibilidad, la imputabilidad y la responsabilidad, desde el propio punto de vista de nuestro legislador, resulta ser bastante distinto del que por lo regular se cree. La psicología criminal que anima las disposiciones legales, ni es la que se suele pensar y decir—

---

indulto; los arts. 378, 379, 503, núm. 2.º, y 504, párrafo segundo, de la de Enjuiciamiento criminal, de 14 de Setiembre de 1882; el artículo 2.º, núm. 6.º, del Real decreto de 24 de Noviembre de 1890 sobre la traslación de penados, etc. V. la real orden de 1.º de Abril de 1896, regulando el servicio de antecedentes penales en el Registro central de penados y rebeldes, y las demás disposiciones que en la misma se citan. En el Código de 1822 era circunstancia atenuante (y las atenuantes son aquéllas «que disminuyen el grado del delito», según el propio Código) «el ser *el primer delito*, y haber sido *constantemente buena la conducta anterior del delincuente*» (art. 107, circunstancia cuarta).

verbigracia, por los comentaristas—, ni tan clara y sencilla como se suele decir.

Ahora, que en el fondo del pensamiento del legislador residen, más ó menos latentes ó manifiestas, las ideas apuntadas— la del peligro, la capacidad delictuosa y la alarma é intranquilidad sociales, como soporte y criterio de la penalidad—, parece indudable, á poco que uno se fije (1). Pues, en efecto,

---

(1) **Esta idea del peligro, como elemento determinador de la punibilidad, está manifestada, de manera más ó menos explícita, algunas veces, en las leyes y en otros documentos oficiales. He aquí algunos ejemplos: El art. 571 del Código penal (incluído en el capítulo que trata del incendio) castiga de diferente manera (como igualmente algunos de los artículos anteriores) el incendio de chozas, pajares, cobertizos deshabitados, etc., según que haya ó no *peligro de propagación* (ó también, peligro de otros daños). El artículo 504, párrafo segundo, de la ley de Enjuiciamiento criminal, autoriza al juez ó tribunal que entiendan de una causa para que, como excepción á las reglas generales establecidas por la misma ley para la concesión de la libertad provisional, puedan otorgar ésta á los procesados *de buenos antecedentes*, cuyo delito, además, *no haya producido alarma* (señal de peligro), *ni sea de los que se cometan con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia* (delito de los que se suelen denominar «endémicos»). Conviene recordar á este efecto que el Código penal de 1822 consideraba como circunstancia agravante de los delitos «la mayor necesidad que tenga la sociedad de *escarmientos* [medidas que tienden á alejar posibles delitos futuros], *por la mayor frecuencia de los delitos*» (art. 106, circunstancia segunda).**

Cuando, en 1888, se pensó en convertir el presidio de Ceuta en colonia penal, sujeta (legalmente, pues de hecho ya lo estaba) al sistema penitenciario llamado «progresivo», una real orden de 28 de Agosto de dicho año, dictada para preparar el cambio, decía, en su preámbulo, que la reforma produciría, al par de otras, «la ventaja de eliminar de la Península á ciertos criminales que acumulan en torno de los presidios *una población peligrosa*...». El real decreto de 27 de Mayo de 1901, por el cual fué reorganizado el Cuerpo de prisiones, justificaba la reorganización por la necesidad de impedir que nuestras prisiones sigan siendo lugares de «aprendizaje del vicio y la delincuencia, que lanza á la sociedad libertos amaestrados en el crimen, *hombres peligrosos para sus semejantes y para la tranquilidad social*, elementos malsanos para la patria, *propensos siempre á la realización de hechos criminosos* ..» (exposición de motivos). Otro real decreto dictado poco después, el 17 de Junio de 1901, y por el cual se creó en Alcalá de Henares una Escuela central de reforma y corrección penitenciarias para jóvenes delincuentes, dice que la sociedad debe atender á los criminales así adultos como jóvenes, «para corregir su natural *pervertido y peligroso*» (exposición de motivos). Y el real decreto de 22 de Octubre de 1906,

lo que produce zozobra é intranquilidad, no es toda y cualquiera intención, sino precisamente la que se califica de *mala*, única que presupone peligro por parte del sujeto en quien ella reside. Todos los actos humanos, para que puedan recibir la consideración de tales, tienen que ir animados por la intencionalidad, que vale lo mismo que decir por el estímulo ó el aliciente de la finalidad, más ó menos inmediata; y no todos los actos humanos son delictuosos y punibles por ser intencionales, por lo regular. Sólo entran en esta categoría, sirviendo de señales que denuncian la existencia de un peligro para la vida social pacífica y ordenada, aquellos en que sus autores han puesto mala intención. Cuando ésta se presupone ó se demuestra haber sido buena, el peligro desaparece á los ojos de quien juzga el acto; la tranquilidad vuelve al ánimo de las gentes, y la conducta de quien ha ejecutado aquél, aun

---

referente á la llamada «concesión de residencia» (libertad condicional) á ciertos penados de los suprimidos presidios de Ceuta y Melilla, dice que á semejante concesión servirá de base un expediente, donde habrá una información destinada á precisar, «en lo concerniente á la conducta del penado, si, por las pruebas obtenidas, se conceptúa *que puede disfrutar sin inconveniente y sin peligro de la libertad que ha de concedérsele*» (art. 6.º).

Por fin, los fiscales del Tribunal Supremo han hecho frecuentes alusiones á este elemento del peligro en varias de sus circulares y Memorias de apertura de tribunales, algunas de ellas ya citadas. En la Memoria correspondiente á 1902, por ejemplo, tratando de demostrar que, no obstante la definición que del robo da el Código penal (en el art. 515), no son robos ciertas sustracciones de cosas muebles realizadas con fractura y violencia, se fija precisamente, más que en los hechos en sí, en el mayor ó menor peligro (capacidad delictuosa) que los agentes revelan. Y dice (pp. 122 y 123) que, en realidad, sólo deben ser considerados como autores de robos los individuos *más peligrosos, los que más excitan la indignación y el aborrecimiento de los hombres honrados*, pues sólo ellos (los grandes ladrones, los poco escrupulosos en llegar aun á los mayores extremos, quiere decir el autor) son los que envuelven «*verdadero y positivo peligro* para las personas»: ya que, «á la vez que la *disposición criminal* que eso [la manera como cometen sus delitos, etc.: arts. 516 y sigs. del Código] representa en los malhechores, revela en ellos un *instinto perverso* y una resolución á mayores audacias [peligro] que, á veces, llegan hasta el homicidio, por leve que sea el obstáculo que dificulte su empresa, ó el recelo que abriguen de ser descubiertos y entregados á la acción de la justicia».

tratándose de una acción objetivamente delictuosa, ejecutada con voluntad autónoma, se estima lícita, y al sujeto de ella se le absuelve y se le otorga la confianza que no es posible conceder nunca á los que obran con intención mala. A estos delincuentes es á los que se suele calificar de «honrados». Con un gran número de las llamadas causas de justificación del propio obrar delictuoso (v. g., la defensa apellidada legítima, el estado de necesidad, etc.), sucede esto, que se hace extensivo en ocasiones á multitud de personas, las cuales hacen daño á otras, obrando mal, pero con la mejor intención, los mejores propósitos y finalidades del mundo.

Hay posibilidad, según esto, de diferentes combinaciones. Si con mala intención puede realizarse un delito que implique daño social ó perjuicio para el prójimo, también es posible realizarlo con intención buena (1); y si la ejecución de actos que produzcan beneficio ajeno puede ir, y suele ir, acompañada de buena intención, es perfectamente posible así bien que la acompañe una intención mala (2). ¿En cuáles de estos distintos casos se dan condiciones para la imputabilidad y la punibilidad? Tomando como base y criterio de ellos el delito exterior, sin el cual no hay materia imputable, ni daño que retribuir ni del cual responder, en los dos primeros únicamente; pero si, al revés, se atiende á la mala intención y al peligro

(1) Ejemplos: los casos á que se refieren los arts. 323, 333, 364 y otros que se citan luego del Código común.

(2) Hasta pueden darse juntas en una misma acción (igual en la objetivamente beneficiosa y buena que en la objetivamente ilícita y mala) las dos intenciones, la mala y la buena, como cuando se pretende hacer un mal (ó un bien) á Fulano, con ánimo de que venga á redundar en provecho (ó en perjuicio) de Zutano, ó de una colectividad. El mal (inmediato) es, del propio modo, á menudo, en el pensamiento del agente, sólo mal en apariencia; pero, en realidad condición ó medio para un bien ulterior y preferible ó más amplio. Así es como se dice muchas veces que la Providencia sabe sacar bien del mismo mal. Igual hacen las personas muy previsoras y providentes, que enlazan muchas intenciones, subordinando unas á otras en la relación de medio á fin.

que con ella se revela, en el segundo caso no habrá delito (1), y sí lo habrá en el cuarto. La tranquilidad social padece más cuando hay mala intención, aun sin daño, que en el supuesto inverso: pues siempre se mira más al porvenir que al pasado en estas cosas, é interesa más precaverse contra las probables eventualidades, que reaccionar contra hechos ya pasados, cualquiera que sea la forma en que la reacción se verifique. ¿Porqué, si no, se estima haber materia punible en la simple tentativa de delito y en el delito frustrado, donde, como ya lo indican las denominaciones, el delito no existe, pero sí ha existido una clara intención de causarlo, es decir, una potencia criminosa que, mientras persista y no sea anulada, consti-

(1) Tal ocurriría cuando la ayuda ó la inutilización de que hablan los arts. 421 y 437 se prestase ó se verificase con propósitos generosos y buenos: v. g., para librar á uno de un padecimiento crónico, ó de una vergüenza, ó para que una familia necesitada no se viera privada por el servicio militar de su único sostén. La hipótesis se puede hacer extensiva á otros muchos casos: al del homicidio (y aun el parricidio), los hurtos y estafas, los estupros, etc. He aquí un hecho, acaecido recientemente y del cual ha entendido el tribunal del Sena, de París, absolviendo á la procesada (defendida, por cierto, por una señorita, Elena Miropolski, que inauguraba así su carrera de abogado): «Una mujer, Elena Jean, con un hijo de un año de edad, oyendo llorar á éste una noche de hambre y de frío, «concibió la idea de matarlo y de suicidarse ella después», *para terminar las penalidades de su vida.* Para ello encendió un brasero, y, encerrándose con su hijo en la alcoba, esperó la mañana siguiente. Auxiliada por unos vecinos, la madre vivió; pero al pequeño fué imposible salvarlo de su asfixia.» La publicación de donde tomo el relato (*Revista de los Tribunales*, de Madrid, número de 3 de Octubre de 1908, p. 645) aplaude la absolución, diciendo que se trata de «una de las causas *que admiten la defensa sin remordimiento de conciencia* y con grandes facilidades de éxito, pues demasiado comprenderían los jueces de hecho y de derecho que *no tenían ante ellos á ningún criminal, en el sentido corriente de la palabra*». Menos tiempo hace todavía que un tribunal austriaco absolvió, por no considerarlos criminales—á pesar de que el hecho estaba perfectamense comprobado, creo que hasta por la propia confesión de los acusados—, á un estudiante de medicina y á su amante que habían falsificado algunos billetes de Banco, pero sólo en la cantidad necesaria para obtener el dinero indispensable al estudiante á fin de poder continuar los experimentos biológicos á que se venía consagrando. ¿Y cuántos otros ejemplos semejantes no se podrían alegar? De mayor ó menor relieve y resonancia, están ocurriendo á todas horas y en todas partes.

tuye un peligro para la coexistencia pacífica y un motivo constante de alarma y desasosiego? Nuestro legislador, como todos, al penar el delito frustrado y la tentativa de delito, y también al penar ciertos hechos que no son en sí delitos, sino sólo señales de capacidad ó potencia delictuosa (1), falta, según parece, á la teoría de la imputabilidad y la punibilidad que pretende seguir, para refugiarse en una concepción completamente preventiva y, por decirlo así, policíaca. Se olvida del delito cometido, materia básica de la retribución, y se atiene á la consideración del delincuente y de su personalísima capacidad delictuosa, para conocer la cual sirve de indicio poderoso el examen tocante á la índole de la intención con que ha obrado ó pretendido obrar (2).

---

(1) Como las amenazas (arts. 174, párrafo último; 180, párrafo último; 507 y sigs., y 604 del Código penal común; 5.° de la ley de explosivos; 20 de la ley de policía de ferrocarriles); la tenencia de ganzúas, de moneda falsa, de sellos, cuños ú otros instrumentos que puedan servir para falsificar ó robar (véase antes la nota de las págs. 75 y sigs.); la proposición y la conspiración (ídem); la provocación á delinquir—donde, si se hace por medio de la imprenta, el delito *no se ha consumado*, según la circular de la fiscalía del Tribunal Supremo, fecha 2 de Octubre de 1883—(véase la nota citada de las págs. 75 y sigs., y además el art. 584, núm. 4.°, del Código penal común); la inducción á una persona para cometer un acto prohibido, aun cuando efectivamente el delito no haya llegado á realizarse (arts. 459, 500 y algún otro del Código común; 5.° de la ley sobre ejercicios peligrosos de los niños; 240, párrafo segundo, 244 y 291 del Código de justicia militar; 116, núms. 2.°, 5.°, 6.° y 7.°, 138 y 199, de el de la Marina de guerra; tratado de extradición con Alemania, art. 1.°, núm. 13; con Dinamarca, art. 1.°, núm. 11; con Holanda, art. 1.°, núms. 6.° y 7.°; con Rusia, art. 2.°, núm. 13); el disparo de arma de fuego (art. 423 del Código común) y otros hechos análogos: v. g., aquellos á que se refieren los arts. 384, 439 y algún otro del Código ordinario.

(2) Yo no censuro estas inconsecuencias. La censura de los actos del prójimo, no obstante la frecuencia con que de ella solemos hacer uso, carece acaso de un sentido fundamentalmente sólido que la justifique — y por eso, andando el tiempo, tal vez habrá de ser proscrita de las relaciones humanas, juntamente con la concepción retributiva, de la que es una de tantas manifestaciones (como lo es también, v. g., el sistema de la imputabilidad, la responsabilidad y la penalidad, con su correlativo de los méritos y las recompensas), viniendo probablemente á sustituirla la tendencia explicacionista, y con ella la intervención inteligente, previsora y

XIII

EN QUÉ CONSISTE LA INTENCIÓN MALA

Si la intención, propósito, ánimo, móvil, finalidad, designio—tomando ahora como equivalentes todas estas palabras—, para ser tenidos como cualificadores de la criminalidad por su aspecto subjetivo, es decir, como señales de peligro ó capacidad delictuosa, ó bien como fundamento de imputabilidad y responsabilidad, han de ser necesariamente malos («mala intención», «mal propósito», «malos móviles», etc.), conforme se asegura á menudo, preciso se hace conocer el criterio que ha de servir para llevar á cabo esa calificación de malas intenciones, que serán las únicas delictuosas, separándolas de las buenas.

Lo cual es bastante difícil. Cuando uno repasa los distin-

---

reformadora, á la vez que indulgente y misericordiosa.—Pero, aparte de esto, es de saber que la obra social, tan inmensamente compleja, no puede ser realizada (ni conviene tampoco que se realice) de golpe, como en aplicación completa de un plan artísticamente congruente, todas cuyas partes se hallan en íntima dependencia mutua, de manera que no pueda verificarse ninguna de ellas sin que por lógica necesidad vengan á la vida también las otras; sino que tiene que irse labrando y recomponiendo muy lentamente, por piezas, constituyendo un conjunto abigarrado y multiforme, que á los espíritus monoideistas y enamorados de la lógica rectilínea les parecerá chocante, incoherente, ilógico. Bien miradas las cosas, sin embargo, es más difícil de lo que parece decidir de parte de quién está la lógica y quién es el que la ofende: si los tildados de eclécticos, oportunistas y posibilistas, que aprovechan todas las ocasiones que se les presentan, por insignificantes que parezcan, para introducir alguna mejora positiva y eficaz, sin preocuparse mucho de si con ello tributan ó no respeto á tales ó cuales principios teóricos, ni de si faltan ó no á doctrinas por ellos mismos anteriormente sentadas, profesadas y defendidas; ó aquellos otros, denominados radicales, partidarios del «todo ó nada», que, á trueque de no inferir el menor agravio á los «principios» y de no incurrir jamás en contradicción, son capaces de consentir que las «colonias» se pierdan, ó sea que la realidad social padezca y se vaya desmoronando pedazo á pedazo, por no querer reparar parcialmente un sistema de un solo color con piezas ó remiendos de colores distintos, los cuales parecen afearlo desde el punto de vista intelectualmente estético, que es el punto de vista de la lógica y la racionalidad (subjetivas).

tos casos, ya mencionados anteriormente por tal ó cual respecto, en que nuestro Código vigente alude al elemento intencional, ó aquellos otros, concordes regularmente con éstos, en que al mismo se refieren las convicciones populares, soporte de las que el legislador proyecta en su obra, puede fácilmente advertir la falta de una solución uniforme. Si el deseo, v. g., de ocultar la propia deshonra ó la de una hija es alguna vez considerado como intención buena ó menos mala, en otras muchas ocasiones en que semejante elemento, ú otros de parecido valor, pueden intervenir (1), no se hace mención alguna de ellos, y á los autores de los hechos respectivos se les juzgará, por lo tanto, animados de la intención mala que se dice da vida al delito. Cosa equivalente cabe aplicar al «justo dolor», como móvil determinante del acto: pues, mientras excusa al marido ó al padre ofendidos en su honor de tales, que acometieren contra el que hubiere sido causa de la ofensa, esta excusa, á la cual pudiera darse gran amplitud (aplicándola á cuantos por tal ó cual motivo y procedimientos se tomaran ó quisieran tomarse la justicia por su mano en cuestiones de honra, de propiedad, etc.), no se extiende á más casos. La venganza, móvil lícito ó cuasi lícito algunas veces, por lo que sirve de circunstancia atenuante (artículo 9.º, circs. 4.ª y 5.ª), es tenido otras como ilícito (artículo 8.º, núm. 6.º, *in fine;* art. 250, núms. 3.º y 4.º; art. 576, núm. 1.º). Mala intención se da por supuesto que existe, tanto en aquellos casos en que, según queda dicho, el Código habla de la persecución directa de un perjuicio al prójimo, como en otros varios en que, al revés, el agente lleva el propósito de originar beneficio ó provecho ajeno (2). Aunque, regularmente,

(1) Como si uno comete un infanticidio, un homicidio, una falsedad, una estafa, etc., con el fin de conservar ante las gentes su buena reputación, de otra manera en riesgo de perderse.

(2) En este punto se puede ir tan lejos, que quede calificada de mala intención la que acompañe á ciertos actos ejecutados con los más elevados propósitos de favorecer á la víctima del hecho que objetivamente reviste las apariencias de delictuoso. Los ejemplos más notables de esto son aquéllos en que un padre ó una madre, enfermos ó en la miseria, dan muerte á sus propios hijos para li-

el propio interés ó lucro se estima en la vida ordinaria como un resorte perfectamente admisible, y aun necesario, hasta el punto de juzgarse que el mecanismo social no marcharía adelante como ese resorte no funcionara (1), la intervención del móvil del lucro, del interés personal, de la intención de lucro, (obrar «por precio, recompensa ó promesa»), se tiene á menudo como esencialmente constitutiva ó como agravadora de las acciones delictivas y, por consiguiente, como intención mala. La misma variedad antitética, en lo relativo al dato de la intención, puede notarse en otros de los casos contenidos en artículos ya citados del vigente Código, y acaso fuera también posible encontrarla en varios de los no citados y en los de otras distintas leyes.

Es difícil, por lo mismo, orientarse con perfecta seguridad respecto de lo que haya de tenerse como intenciones malas, cualificativas de la delincuencia. Si solamente lo fuesen las que se denominan perversas ó malvadas, como se dice muy á menudo, tendrían que quedar fuera del horizonte de la criminalidad y de la punibilidad multitud de hechos que al presente se persiguen como delictuosos, y en los que, á pesar de darse una intención que diríamos subjetivamente buena, se reconoce no obstante la presencia de los elementos necesarios para calificar como punible un acto voluntariamente realizado. Lo cual equivale á decir que la intención animadora de las acciones puede ser al mismo tiempo buena y mala; salva-

---

brarles de la infelicidad que les acompañaría dejándoles huérfanos en el mundo, desamparados, indigentes, deformes ó enfermos, presa de las asechanzas ó de la explotación de A ó B, en peligro de arrastrar una vida llena de amargura y dolor. Pero desde esta hipótesis extrema, que se realiza con alguna frecuencia, podemos ir descendiendo por grados insensibles, hasta constituir toda una gama, cuyos puntos representen otros tantos matices de acciones que no parecen mal intencionadas, sino al contrario, y que no obstante se castigan como delictuosas, presuponiendo, por lo tanto, en ellas la existencia de la mala intención, que se dice cualificativa de la voluntad criminal, y por criminal punible.

(1) Véase lo dicho anteriormente, en la nota de las pp. 114 y 115.

dora y justificadora por un lado, y censurable por otro. La paradoja se resuelve con facilidad, sin más que tener en cuenta que los puntos de vista en que las gentes se colocan para apreciar y juzgar pueden ser, y lo son á menudo, muy distintos; y claro es que, partiendo de diferentes apetencias y finalidades, lo que sirva bien para el logro de unas y no para el de otras reviste, á la vez, aun cuando en relación con distintos sujetos y distintos espectadores, las apariencias de medio útil, de inútil ó de dañoso, de conducta bien ó mal dirigida é inspirada. Los individuos humanos tachados social y políticamente de criminales, y cuyo obrar es un obrar que á las demás gentes y al poder público del Estado nacional, que se dice las representa, les parece reprobable y merecedor de sanción severa—la cual se ejercita bajo una ú otra forma, ya como censura pública, apartamiento y aislamiento, ya como verdadera pena forense, (civil, administrativa, financiera, disciplinaria, criminal, etc.), con las privaciones que la misma trae consigo—, suelen, por su parte, encontrar justificadísimo, y aun obligatorio y meritorio, el proceder que tan mal acogimiento halla á los ojos de los demás. Muchos, muchísimos de los judicialmente condenados, si es que al cabo no la totalidad ó la casi totalidad de ellos, están firmemente persuadidos, allá en las intimidades de su alma—y no tan sólo ante la que denominaremos conciencia intelectiva y puramente discursiva y mental, sino en la esfera del sentimiento, los afectos y las propensiones—, de que, sin embargo de hallarse condenados y, por consiguiente, mal vistos por cierto número de sus prójimos, quienes por eso mismo precisamente les condenan, la conducta que han observado, y en atención á la cual, por considerarla mala, les han impuesto pena, es una conducta lícita y aun laudable: por lo que, no sólo no se arrepiente de ella el agente, ni tiene remordimiento por haberla seguido, sino que cuantas veces volviera á encontrarse en igual situación que aquélla de donde su acción hubo voluntariamente de derivarse, otras tantas la repetiría sin escrúpulo ni reparo alguno, aun teniendo seguridad

de que todos sus conciudadanos ó parte de ellos la tendrían por mala, y por mala la castigarían (1). Los remordimientos, que nos solemos complacer en atribuir á todo el que creemos que se conduce mal, son, por lo mismo, mucho menos frecuentes de lo que nosotros nos imaginamos (2). Trasladando nuestro estado íntimo al alma ajena, suponemos que al que ha observado una conducta determinada le duele el haberla tenido, lo propio que nos dolería á nosotros si nosotros hubiéramos sido los sujetos de ella. Acaso, ni capaces somos de observarla, al revés de lo que ocurre con los que la han puesto por obra; y acaso la conciencia de esta incapacidad—imposible de atribuir á quien ya ha puesto efectivamente actos que desmienten la hipótesis de que aquella incapacidad se dé—, y la representación mental de que en algún momento pudiéramos cambiar de estado interno, haciéndonos capaces de realizar lo que al presente nos repugna, y cuya idea pone en conmoción nuestra alma, sea la base de nuestros anticipados remordimientos, de los cuales hacemos partícipes gratuitamente á quien en realidad no los tiene, ni aun es susceptible de tenerlos.

Cuando se trata de calificar la intención con que se han realizado uno ó varios actos constitutivos de la conducta de algún hombre, y de dar valor á aquella intención—á los efectos de atribuir á quien obra con ella las debidas consecuencias sociales y políticas, bajo la forma de lo que se denomina imputabilidad y responsabilidad—, nos encontramos, pues, con que es muy posible, y á menudo una realidad, que exista ver-

(1) Son parecidos estos casos á aquellos otros en que uno se hace fuerte, dentro de su espíritu, contra todo el mundo, y arrostra las iras del Estado y sus poderes, de la ley, de la opinión pública, etc.

(2) Es más: se da con frecuencia el caso de que los mismos individuos cuya alma nos figuramos atormentada por los remordimientos, y pesarosa por no poder deshacer lo mal hecho, se lamenten, por el contrario, de no haber llegado más adelante de lo que tuvieron ocasión de ir, de que su acto no haya tenido tantas y tan importantes consecuencias como ellos apetecían y de que no se les ofrezca de nuevo le ocasión de repetirlo y asegurar éstas más eficazmente.

dadera pugna entre dos conciencias apreciadoras: la del mismo agente y la de otros individuos que con él conviven. Pugna que no tendría trascendencia alguna exterior y visible, como á ninguna de las dos conciencias le fuera dado constreñir y ahogar á la otra, imponiéndole forzosamente el respeto de un criterio que no es el suyo. Si cada juicio valiera tanto como cualquiera de los demás diferentes de él; es decir, si tuviera valor eficaz siempre, cuando menos para el propio sujeto que lo formula, nadie ejercería presión sobre la conciencia de nadie, ni tendría autoridad para calificar, valedera y obligatoriamente, de buenas ó malas las intenciones de nadie, como tampoco las acciones por esas intenciones inspiradas.

Pero, en realidad, no pasan así las cosas. De los dos opuestos puntos de vista desde los cuales se aprecia la intención, el interno y el externo, ó sea el subjetivo y el social, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, y el que cede es el primero. Parece que debería ocurrir lo contrario: pues si la intención es un elemento interior ante todo; si *de internis nemo judicat*, y si el atreverse á juzgar de las intenciones ajenas es sumamente expuesto á error, conforme se escribe y se dice muy á menudo, el juicio subjetivo es el que más creído y acatado debería ser. Mas no ocurre esto, sino que el criterio social arrolla al criterio subjetivo tocante al valor de las intenciones, y, sin hacerle caso, se impone á él. Como es buena ó mala aquella forma de conducta de los individuos que por tal se tiene social y políticamente, sin dar oído á las protestas que contra dicha calificación pueda hacer el propio agente de la conducta de que se trate, así también es mala ó buena la intención con que los respectivos actos hayan sido ejecutados, cuando de mala ó buena la juzgan la colectividad social y los órganos que en su nombre y representación obran, haciendo caso omiso al efecto de toda apreciación subjetiva, ó sólo atendiéndola como uno de tantos indicios por los cuales llegar á construir el criterio objetivo de calificacion. Es este uno de los muchos

modos con que se manifiesta la heteronomía de la persona humana viviendo en sociedad. Para saber si las propias intenciones son ó no son buenas, tiene uno que esperar á que otros se lo digan, mirándolas y apreciándolas desde aparte y en relación con un alma que no es aquélla donde las intenciones tienen su asiento, única, al parecer, un tanto autorizada (1) para hablar «en conciencia», con conocimiento de causa directa, y no por inferencias y conjeturas.

Ahora, la valoración social de las intenciones individuales participa de la misma índole que todas las valoraciones, singularmente las éticas. La colectividad social, cuando juzga de los actos personales de alguien, se coloca siempre, aun sin saberlo ni pretenderlo, como todo el que formula juicios de valoración, en el punto de vista de su particular interés. Es un fenómeno inevitable. La valoración tiende precisamente á establecer un encadenamiento entre medios (cosas y actos) y fines. Es una relación utilitaria. Lo que sirve para el fin apetecido es bueno, tanto más cuanto mejor sirva. Lo que, según el criterio social, triunfador del mío privativo, contribuye al bienestar colectivo, ó no lo estorba, eso es socialmente bueno (ó no malo), y buenas son también las intenciones puestas al servicio de tal finalidad. Son hombres bien intencionados social y políticamente—buenos, desde el punto de vista social y político—, aquéllos cuyo hacer ayuda á la conservación y al progreso sociales; y son social y políticamente mal intencionados, aquellos otros que estorban con su conducta dicho progreso y dicha conservación. La intención se califica de mala y criminal (jurídicamente inclusive, ó desde el punto de vista exterior, y no sólo moralmente, ó desde el punto de vista interno, como debería suceder, á lo que parece, si el mundo de

(1) No, tampoco, del todo, por consideraciones aquí no pertinentes, pero que vienen á reducirse á decir que cada persona es para sí misma una entidad bastante extraña y mucho menos conocida é íntima de lo que ella se suele figurar. Véase antes la nota de la página 109. Véase también mi artículo *Yo*, publicado en la Revista *La Lectura*, núms. 99 y 100; Marzo y Abril de 1909.

las intenciones fuera coto exclusivo de la moral, según es corriente decir, y nada tuviera que hacer en el mismo el derecho), cuando el sujeto de ella, al que también se llama criminal, se representa mentalmente y busca poner por obra, de acuerdo con esta representacion, un orden de cosas (de relaciones exteriores) incompatible con el bienestar social según las concepciones dominantes, ya en la masa (consuetudinariamente, como se suele decir, ó conforme á la opinión pública), ó ya en aquella clase social, partido político, parte de la población, persona ó grupo de personas que tienen en sus manos el poder y dominan sobre los demás, imponiéndoles su criterio, hasta por la fuerza ó coacción en caso preciso. Si á un individuo se le moteja de conducirse con mala intención, y por eso mismo se le persigue y se le castiga, la razón de ello es que se le considera como elemento antisocial, como inconciliable con el interés, la conveniencia y la prosperidad sociales. Un mal intencionado socialmente es un ser socialmente inmoral, objetivamente inmoral (1), inmoral cuando se le mira con el

---

(1) La calificación de inmoralidad (que equivale á la de criminalidad esencial ó fundamental, por aquello que se dice á menudo de que lo injusto tiene que ser por fuerza inmoral, constituyendo lo segundo la sustancia de lo primero), atribuída á un hombre, es bastante equívoca, lo mismo que lo es igualmente su opuesta, la de honradez. Dejando aparte algunas de sus significaciones, como aquella que reduce la inmoralidad á las relaciones sexuales irregulares, ó sólo á los ataques contra la propiedad ajena, parece que se tiene por inmoral, unas veces, *a*) al hombre que cumple correctamente con las leyes del Estado *(homo juridicus)*, pero lo hace con malos—inmorales—designios o móviles, sin alma ni finalidades buenas, ó meramente por espíritu de atrición ó por miedo á las sanciones legales. Es un hombre por completo moral aparentemente, á los ojos de la ley externa, de la conciencia social y de los poderes públicos, por más que ninguno de tales elementos tenga confianza respecto de él, á causa precisamente de su inmoralidad ó incorrección puramente interna, pues saben que esta última es la raiz y la llave de la otra. Se toma por inmoral, otras veces, *b*) al que obra un mal objetivo, no prohibido por las leyes del Estado, pero sí—se suele añadir—por la ley moral (que entonces se hace equivaler á una realidad objetiva, y no, como antes, á un estado de conciencia), aun con buenos fines subjetivos ó propósitos. Sobre todo, quizá, *c*) al que realiza ese mismo mal extralegal, con malos (inmorales, no antijurídicos—antilegales—) designios. Aquí están

criterio social objetivo, y aun cuando puede ser al mismo tiempo muy moral y bien intencionado desde el punto de vista subjetivo, ante su propia conciencia: las dos cosas pueden coexistir, según vamos á ver.

Socialmente inmoral ó mal intencionado es el que obra con fines, ánimos, propósitos, intenciones ó móviles objetivamente antisociales: de manera que, aun en el supuesto de que internamente sea él movido por muy nobles, morales y elevadas aspiraciones, su proceder resulta realmente dañoso para la colectividad y, por lo mismo, censurable á los ojos de ésta. Limpio de culpa interiormente, ante la conciencia individual subjetiva, es culpable exteriormente, ante la conciencia social, que encuentra inadecuado para los fines que ella entiende lícitos y amables tal ó cual proceder. El individualmente justo (Sócrates, Cristo), que hasta ha sacrificado sus intereses y sus fuerzas de toda índole en beneficio ajeno, háyalo logrado ó no, y por eso «su intención le salva» ante la moralidad subjetiva, puede ser, á pesar de esto, un gran delincuente. Pues la conciencia social, encargada de calificarle y juzgarle desde su privativo punto de vista (en forma de ley, de costumbre, de tribunales, de opinión pública, etc.), encuentra y juzga—acertada ó desacertadamente, que esto para el caso es lo mismo, en cuanto tal juicio se impone con eficacia indestructible, á lo menos hasta que sobrevenga un nuevo cambio

---

todos esos, de quienes se dice con frecuencia que bordean el Código penal, sin caer dentro de sus mallas. Si la inmoralidad fuese exclusivamente subjetiva, claro es que no sólo no sería inmoral el hombre *b*), sino que tampoco lo serían jamás los delincuentes que ejecutan sus delitos (injusticias, ¿pero *no* inmoralidades?) con buena intención, ó sin intención mala (inmoral). Desde luego, los delitos no intencionales, de que más atrás se ha hablado, no podrían tenerse por delitos, si es que el delito envuelve siempre una inmoralidad. ¿En qué podría tampoco entonces fundarse la responsabilidad, incluso civil, que acompaña á multitud de hechos no intencionales: la proveniente, v. g., de los daños causados por los locos sometidos á nuestra custodia, por los hijos menores de edad, por los animales propios; la derivada de mora y de mil formas y ocasiones de culpa, no de dolo?

en la aludida conciencia—que el proceder de tal sujeto es incompatible con la pacífica y ordenada convivencia social; y por juzgarlo de este modo, se cree obligada á reaccionar—con penas políticas ó con otras censuras—contra semejantes elementos, si interna y subjetivamente puros, impuros, en cambio, peligrosos, mal intencionados y, por lo mismo, engendradores de intranquilidad y alarma, desde el punto de vista social. Se trata de individuos que, pudiendo ser incluso unos santos por el lado de la moralidad subjetiva (por el de la moralidad, simplemente, se dice á veces), y que, como tales, pueden ir derechos á la gloria, son, á su vez, no obstante, por el lado de la moralidad objetiva (por el lado del derecho, según una concepción bastante extendida y la cual se invoca á menudo, aunque no siempre) unos réprobos, para quienes está reservada la condenación temporal ó eterna. A ellos (1) se refiere á menudo el dicho, según el cual, «el infierno—el social ó jurídico, habría acaso que añadir, pues la afirmación no parece aplicable al infierno donde se purga la inmoralidad interna, en que á veces (no siempre tampoco) se hace consistir el pecado—está lleno de buenas intenciones», es decir, de intenciones que, aun siendo buenas subjetivamente, no lo son socialmente, por no producir ningún positivo beneficio social (delitos por omisión), ó por producir algún verdadero perjuicio de la misma índole (delitos por comisión, con buenas intenciones subjetivas).

Si los agentes de que acabamos de hablar, condenados por la moralidad social y exterior en razón de sus malas intenciones, son, por el contrario, absueltos por la moralidad individual é interna, por estar precisamente animados de intenciones buenas, hay, en cambio, otros que siendo absueltos y hasta celebrados por la moralidad objetiva, que no encuentra

---

(1) Así como también á los débiles en el obrar, que no han acomodado su acto externo á los buenos propósitos que en su interior abrigaban, quedándolos en estado de conato remoto y, por decirlo así, abortados.

en ellos sino laudables intenciones, quedan proscritos del reino de la moralidad subjetiva y relegados á su infierno, por mal intencionados. El hombre legal, social y habitualmente correcto, á quien por ninguno de estos aspectos hay cosa alguna que reprocharle; que coopera voluntariamente á la conservación y al progreso sociales sin hacer nada contra ellos, pero cuya conducta se halla movida totalmente por su propio interés bien calculado, por codicia, por deseo de venganza, por lascivia, á cuya satisfacción sabe llegar sin que la moralidad objetiva, ya legal ó ya consuetudinaria, tenga nada que echarle en cara, aun cuando tal milagro sea solamente producido por el miedo á las penas legales ó á la censura pública, ó por otros análogos móviles internos, sería un ejemplar de esta clase. Lo es, también, aun aquel otro que busca anhelosamente el bienestar social, y que, para obtenerlo, sacrifica sus propias inmediatas conveniencias, sus placeres, sus intereses, no pensando en sí, sino en los demás; pero lo hace con una mira ulterior egoista, que constituyendo su última finalidad, su intención remota, convierte todos los aparentes beneficios que al prójimo proporciona en escalones para conseguir su personal provecho, y no en propósitos directamente buscados de definitivo beneficio del prójimo, como tal y sin más. Así sucede con el que persigue por los medios indicados su propio encumbramiento, su dominación, su salvación, algo que redunde al cabo en satisfacción individual. Son los que, previsoramente, siembran uno hoy para recoger ciento mañana. Social y legalmente, ¿habrá nada que decir de las intenciones de estos tales? Pero, por otra parte, ¿serán ellas intenciones buenas, desde el punto de vista de la moralidad subjetiva?

XIV

COMBINACIONES POSIBLES DE INTENCIONES

Son varias las combinaciones que de las intenciones pueden darse y vario, por lo tanto, el valor que á las mismas

cabe atribuir, según cada una de esas combinaciones. Con buena intención subjetiva se pueden realizar actos que la conciencia social, ó moralidad objetiva, aprueba y confirma, encontrándolos objetivamente conformes con los fines que esa misma moralidad (en forma de ley, de costumbre, etc.) apetece sean realizados. A la buena intención interna é individual del acto, se añade la externa y social, habiendo concordancia entre ambas. «Miel sobre hojuelas, diríamos. Para que el acto fuera tenido por socialmente impunible, esto es, por socialmente justo, bastaba con lo segundo; pero, puesto que nos dan también lo primero, excediendo de la medida absolutamente necesaria, aprovechémoslo, como confirmación de que nuestro criterio es acertado y como apoyo ó coronamiento de él». En este caso, una doctrina muy corriente—aun cuando los que la suelen formular no se atienen siempre á ella—diría que la acción humana no sólo está dentro del orden jurídico (del exterior, de la moralidad objetiva), sino también dentro del orden moral; ó lo que es lo mismo: que, siendo socialmente correcta, ajustada y adecuada al fin conscia é intencionadamente perseguido por la colectividad de que el agente forma parte, es también correcta y justa individualmente, por ir animada de una intención subjetiva laudable, generosa, humanitaria, tras de la cual no se oculta ninguna otra intención, más ó menos ruin, de provecho personal, que convierta al hombre bueno por fuera en malo por dentro.

Puede también darse incompatibilidad, según ya hemos visto, entre las dos maneras de intención. El acto exteriormente correcto no lo es interiormente; el sujeto se acomoda á las exigencias y prescripciones sociales (al derecho, á la moralidad objetiva), pero no á las de su conciencia, con la que no se halla en paz. En este caso, lo más general es que se diga—aun cuando luego el principio sufra mil excepciones por parte de los mismos que lo sientan y defienden—que el acto tiene la suficiente justicia interna ó subjetiva para que la moralidad exterior, ó sea el Estado, la ley, la conciencia po-

pular, se dé por satisfecha. «La intención revelada en él—puede añadirse—es buena (compatible, aparentemente, con el orden social), y por lo mismo, es imposible considerar la acción á la cual acompaña como delictuosa, como inspirada por la mala voluntad que se considera de ordinario indispensable para que el delito exista. Podrá el actor hallarse movido, allá en lo íntimo de su conciencia, por intentos no muy aceptables, ni laudables; pero eso queda encargada de averiguarlo la moral, no nosotros, es decir, no el derecho, quien se satisface con que el acto vaya dirigido por una voluntad ó intención que no desdiga socialmente, aun cuando esta sumisión de la misma al orden externo del derecho obedezca luego á malos secretos motivos, que si la moral subjetiva condena, el derecho, como tal, no». Esto es también lo que quieren significar aquellos publicistas que, al tratar de la enmienda ó corrección de los delincuentes como fin de la función penal del Estado, dicen que al derecho le basta con la enmienda *jurídica*, sin serle necesaria la *moral*; pues lo interesante para el mismo es que los sujetos inclinados á quebrantar el derecho pierdan esta su inclinación y se muestren voluntariamente respetuosos con las leyes del Estado, aunque tal propensión de su espíritu (que supone ya la *buena* motivación ó intencionalidad *jurídica*) obedezca á motivos ó intenciones subjetivamente impuros, y por lo tanto censurables desde el punto de vista moral (1).

Apenas hay precisión de decir que el sentido de nuestra legislación y el de los aplicadores é intérpretes de ella es el de que la intención característica de los hechos punibles, es, en general (2), la objetiva y externa, la social, jurídica ó políti-

(1) Nuestro D. Luis Silvela es uno de los que sostienen tal criterio, al cual se refieren también muchos de los que podríamos decir correccionalistas modernos, sobre todo norteamericanos, y no pocos partidarios de la denominada «política criminal». Fué también, bastante, el punto de vista de Grolman. Roeder, en cambio, llamaba á esta justicia, sólo exterior, «justicia á medias».

(2) Poco más adelante se verá por qué se dice «en general».

ca (1). Y por eso, ni ante los tribunales se suele alegar nunca, como causa justificativa del propio obrar objetivamente dañoso ó delictuoso, la buena intención subjetiva ó moral con que los actos socialmente malos han sido ejecutados; (2) ni, aun cuando así se hiciese llegaría á prevalecer la alegación. De poco le serviría al reo llamado político invocar la excusa justificativa del móvil nada egoista, sino al contrario generoso y puro, que le guiara al obrar como obró: v. g., al promovedor de una rebelión ó una sedición, al anarquista terrorista, al regicida; de nada le valdría tampoco invocar los piadosos, altruistas, levantados designios subjetivos que pueden haber movido á obrar á los autores de un desacato á la autoridad, de un desorden público, una falsificación de firmas, sellos, billetes, certificaciones, cédulas de vecindad, documentos públicos ó privados, una ocultación de bienes, un falso testimonio, una usurpación de funciones, títulos, nombre, trajes, insignias, etcétera, una violación de sepultura, una infidelidad en la custodia de presos ó de documentos, una anticipación ó prolongación de funciones públicas, un nombramiento ilegal, una injuria, una suposición de parto, una sustitución de niño por

(1) Recuérdense, en efecto, las sentencias del Tribunal Supremo aludidas más atrás, singularmente en las pp. 74, nota 3, 81, nota 2, y otras. Lo contrario, no obstante, parece que se resuelve en muchas, por lo menos de las que se refieren á los delitos de injuria, y aun quizá en alguna referente al de infanticidio. Sin embargo, mirándolos bien, quedan quizá también estos casos incluídos en la regla general, porque, cuando se exculpa á sus autores, fúndase la exculpación en que los actos por ellos realizados no han traído perjuicio social, ó no revelan, á los ojos de la comunidad y de sus representantes oficiales, un estado de alma que infunda temor de futuras acometidas.

(2) El caso á que se refiere el núm. 8.º del art. 8.º de nuestro Código no entra aquí. «El que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal *por mero accidente, sin culpa ni intención* de causarlo», según reza el citado precepto legal, no puede ser equiparado á aquel otro que, con designio preconcebido y consciente, lleva á cabo acciones que han de producir un resultado socialmente tenido por delictuoso, pero las realiza dándoles el carácter de puros medios para la consecución de fines ó deseos que ante su espíritu aparecen como buenos.

otro, un matrimonio ilegal, una detención ilegal, una sustracción de menores, un allanamiento de morada, una amenaza, una coacción, una revelación de secretos, un incendio, etc. De poco le serviría al ladrón decir y aun probar que sus hurtos llevaban por objeto corregir injusticias sociales y favorecer á otros, sin obtener él mismo provecho alguno; ni al homicida (supongamos, al de sus propios hijos), alegar que el homicidio no había sido efecto de venganza, ni de codicia, ni del deseo de hacer daño á la víctima, sino precisamente del ansia noble de evitarle sufrimientos ó amarguras, ó del propósito altamente social, verdadero cumplimiento de un deber, que consiste en dar á la comunidad de los asociados una tranquilidad que antes no tenía, por existir dentro de ella elementos peligrosos, ó en limpiarla de alguno inútil ó insano (1). De tales alegacio-

---

(1) Consideraciones análogas son las que han tomado ó toman aún, como fundamento de su conducta, los pueblos que, en concepto de medida higiénica y de preservación social, exigida por la conservación y el progreso colectivos, ó sea por lo que se denomina justicia y moralidad objetiva, han sacrificado y sacrifican, por estimarlo como un deber y guiados, en lo tanto, por buenas intenciones (sociales, del espíritu social), á todos aquellos individuos que se consideraban ó consideran como una impedimenta para la vida social ordenada, ó como un germen de disolución ó malestar de ella. A ese pensamiento han obedecido las matanzas—frecuentes en lo antiguo, como perfectamente lícitas, y aun religiosa y moralmente obligatorias y sagradas—de niños, de mujeres, de individuos deformes, etc.; y á él siguen obedeciendo las ejecuciones capitales, los fusilamientos, prisiones, arrestos, etc., de los reos, y especialmente de los llamados políticos, rebeldes, sediciosos, causantes de desórdenes públicos y otros mil actos análogos, conminados con penas en las leyes de todos los Estados: como también la posibilidad de que cualquiera, sin cometer delito, sino antes bien practicando un acto bueno y meritorio, capture, hiera ó dé muerte (en nombre del todo social y de su interés, lo mismo que lo hacen los poderes del Estado) á los proscritos, los bandidos, los delincuentes en fuga, etcétera, etc. (cf. el art. 4.º de la ley de 8 de Enero de 1877, sobre secuestros de personas con objeto de robo). Del propio modo, las denuncias y delaciones de los actos y de las personas de los prójimos, delaciones tan mal miradas de ordinario, no sólo se imponen otras veces como obligatorias (véanse los arts. 259 y sigs. de la ley de enjuiciamiento criminal), sino que hasta tienen á menudo señalado un premio en la ley (como ejemplos, pueden verse: los arts. 6.º, 122 y 132 del Código de la Marina de guerra; 226 y 239, núm. 2.º, de el

nes no se hace caso alguno, como el interés social (criterio legislativo, judicial y político en general) las crea incompatibles

---

de justicia militar; 39 del real decreto sobre montes; 31, párrafo segundo, 38, párrafo tercero, y 44, párrafo segundo, de la ley de caza; 75, párrafo segundo, y 76, párrafo segundo, del correspondiente reglamento; 49 á 52 y 60 de la ley de contrabando y defraudación; 6.º de la ley de secuestros con objeto de robo; 55 y 57 de la ley de pesca fluvial, de 27 de Diciembre de 1907...). Los actos son los mismos; la diferencia está en que cuando los realiza una persona individual, por sí, sin autorización expresa ó tácita de la conciencia colectiva ó de su más fuerte y representativo órgano, el poder público, éste califica el acto de malo (porque no le conviene á él su realización), y de malas, por consecuencia, las intenciones que á su autor animen, sean las que fueren; mientras que, al revés, ese mismo acto y esas mismas intenciones se convertirán en tolerables, lícitos, morales, buenos, y aún meritorios y heróicos, no bien los tome á su cargo el poder público en persona, ó alguien que *pro tempore* y accidentalmente se constituya en instrumento de sus designios y que obre, en lo tanto, con autorización ó aprobación expresa ó tácita de él, ó sea como si él mismo obrase. Esto acontece absolutamente con todos los actos y todos los modos de obrar: como quien puede hacerlo eficazmente (con imposición coactiva de su criterio) los prescriba ó los condene, los actos y los modos de obrar se convierten, sin más, en buenos ó malos, igual que las respectivas intenciones. Por eso, en realidad, á los ojos del Estado (como á los ojos de otra cualquiera fuerza consciente que pueda hacerse valer, sea cual sea su intensidad y la extensión de la esfera en que se aplique), no hay delitos por su propia naturaleza, no hay acciones ni intenciones malas (y claro está que tampoco buenas) por sí y siempre; no hay más que acciones é intenciones que él prohibe (ó que él permite ó prescribe: derecho legislado prohibitivo, permisivo ó preceptivo), y que, por estar prohibidas, son malas; así como son buenas (legalmente, que es lo que le importa al Estado y á la entidad colectiva á quien él representa) aquéllas otras que él manda practicar, ó que él tolera («todo lo no prohibido—suele decirse, expresando con más ó menos conciencia esta idea—está permitido»). Los atentados contra las personas, por ejemplo, son lícitos cuando el Estado los autoriza (como en el caso de legítima defensa, ó en el del art. 438 del Código penal común y en los 263, 325, párrafo segundo, del Código de justicia militar, y 202, párrafo segundo, y 264 del de la Marina de guerra), ó cuando los practica él mismo, por interés social, que se suele decir, ó como medio de mantener la tranquilidad pública; y en cuanto á los atentados contra la propiedad privada, por parte del mismo Estado, en nombre también del bienestar colectivo, llenas están nuestras leyes de artículos en que se impone á los particulares, no ya sólo expropiaciones, aun sin indemnización, embargos y exacciones forzosas (contribuciones é impuestos, que, exigidos por el Estado, son siempre justos, cualquiera que sea su extensión y su forma), multas y penas pecuniarias, sino también verdaderas confiscaciones y comisos. Entre las innumerables dis-

con él y con los medios de toda clase que deben estar á su devoción y servicio incondicionales.

Y así resulta que, en la tercera de las combinaciones aludidas, es decir, cuando la inmoralidad ó injusticia externas van inspiradas por un estado subjetivo perfectamente moral, no es á este último á lo que se atiende para justificar ó excusar al autor de las correspondientes acciones socialmente perjudiciales y reprobables; sino que se atiende á las acciones mismas en sí, y por revestir ellas las apariencias exteriores de malas, ó sea de inconvenientes desde el punto de vista del orden social y político, se califica y persigue como criminal á quien ha sido el agente de las mismas. Por eso, todo acto dañoso á la colectividad, según el criterio de los representantes de la misma, todo acto atentatorio contra los intereses suficientemente y eficazmente protegidos por la opinión general, por la costumbre, ó simplemente por las prescripciones de los que mandan, aun cuando esas prescripciones sirvan meramente para amparar privilegios, derechos, preeminencias ó prerrogativas de una clase social, ó de un grupo mayor ó menor de personas, será tenido por delito, cualquiera que sea el estado subjetivo en que él encuentre su raíz. Con la voluntariedad general del acto, será bastante, sin meterse á averiguar los ulteriores propósitos ó los ocultos móviles de quien lo ejecuta. Hasta de esa voluntariedad general se prescinde, y sin ella puede muy bien darse la delictuosidad social y legal, como hemos visto que pasa en los casos donde interviene la

---

posiciones á este respecto, pueden consultarse los arts 63, 356, párrafo segundo, 360, 404, 622 y 623 del Código común; 189 del de justicia militar; 58 del de la Marina de guerra; 40, 56 y otros varios de la ley de contrabando y defraudación; 46 y 47 de la de propiedad intelectual; 135, párrafo sexto, de la de propiedad industrial; 16 del real decreto de 1876 sobre licencias de uso de armas, y otras disposiciones sobre la misma materia; 98 del reglamento de pesas y medidas; 23, párrafo tercero, 44, 47 y 48 de la ley de caza; 74 del reglamento de caza; 55 de la ley de pesca; 10 de la ley de protección á los pájaros; 15 del real decreto sobre montes; 230, párrafo segundo, del reglamento de 1909 sobre sanidad exterior, etc.

mera imprudencia, culpa, descuido ó negligencia, que son numerosísimos, y como pasa también, hasta cierto punto, en aquellos otros, frecuentes asimismo, en que ha lugar á la aplicación de los arts. 9.°, circunstancia 3.ª, y 65, reglas 1.ª, 2.ª y 3.ª, del Código penal común, ó sus análogos de otros Códigos. Y porque la exterioridad de la acción ejecutada, ó digamos la inmoralidad externa, y no el espíritu animador de ésta, constituye el criterio legal y judicial para calificar y penar los delitos, es por lo que el resultado exteriormente graduado es el dato principal, si no el único, como mil veces ocurre, para determinar el mundo subjetivo (1), y por lo que regularmente la existencia ó no existencia de la imputabilidad y la punibilidad depende de la presencia de este resultado, y con arreglo á la entidad é importancia del mismo se mide la cuantía (y hasta la especie) de la pena, que es como decir la de la imputabilidad y la responsabilidad.

Algunas veces, sin embargo, este prescindir de la moralidad subjetiva ó estado interno del agente de los hechos socialmente dañosos, para atender tan sólo al resultado externo ó moralidad objetiva, no puede ser absoluto; y el Estado y su derecho (nuestro derecho legislado, v. g.,) se ven obligados á penetrar cuanto les es dable en las intenciones subjetivas y á averiguar todo lo posible la índole de las mismas, para las aplicaciones que tienen que hacer. Inquieren, por este medio, el peligro social que los individuos representan y el grado de confianza ó de desconfianza que cabe poner en su conducta futura. Sea ó no sea grave, desde el punto de vista objetivo, su delito actual, y aun en el caso de que no hayan siquiera llegado á cometer un delito verdadero, sin embargo, como las malas intenciones subjetivas estén claras, por tales ó cuales señales, y mediante ellas se reconozca la probabilidad de daño social futuro, en tal caso, el Estado y sus diferentes órganos se consideran

(1) *Dolus indeterminatus determinatur eventu*, que dicen á cada paso los autores doctrinales y los comentaristas. V. más atrás, página 81.

obligados á intervenir para atajar esas malas intenciones subjetivas que hasta el presente no han ofendido á la moralidad objetiva (derecho), ni convertídose, por tanto, en hechos socialmente reprobables, animados de mala intención social. Así puede comprenderse, creo yo, la punibilidad de la tentativa de delito (1), del delito frustrado, de la conspiración y la proposición (2), y aun de los simples hechos preparatorios (3) — que la teoría dice tienen un carácter de indiferentes ó equívocos y,

---

(1) Hay hasta tentativas punibles de hechos que de ordinario se tienen por socialmente lícitos. Tal, v. g., la comprendida en el artículo 152 del Código penal común, que dice: «El español culpado de tentativa para pasar á país enemigo, cuando lo hubiere prohibido el gobierno, será castigado ...». Al mismo pensamiento de conjurar por medio de las penas un peligro social revelado en las intenciones que al presente resultaron fallidas, han de obedecer las excepciones que á las reglas sentadas en los artículos 66 y sigs., sobre la punibilidad del delito frustrado y la tentativa de delito, y á las sentadas en los arts. 68, 70 y 72, se establecen en los arts. 65, regla 3.ª, 74, 75, 137, párrafo último, 158, 163, párrafo segundo, 422, 465, 518, párrafo segundo, y 519, del Código común. V. también el 175, regla 2.ª, párrafo segundo, del Código de justicia militar, los 83, 121 y 229, núm. 3.º, párrafo segundo, del de la Marina de guerra, y otros.

(2) V. los arts. 139, 158, párrafos segundo y tercero, 163, párrafos tercero y cuarto, 249 y 254, del Código penal común; 4.º de la ley de explosivos de 1894; 227, 230, 241 y 251, del Código de justicia militar; 121, párrafo segundo, 125, 130, 131 y 140, del de la Marina de guerra.

(3) V. los artículos citados en la nota de la página 75, y los artículos 2.º, 3.º y 8.º, de la ley de explosivos. El Código penal común llega, á veces, incluso á adoptar verdaderas medidas administrativas, más bien que penas, en atención al peligro que ciertos sujetos ofrecen, y que sin haber cometido delito, parecen inclinados á cometerlo. Así, el art. 439 dice: «*La autoridad* que tuviere noticia de estarse concertando un duelo procederá á la *detención* del provocador y á la del retado, si éste hubiere aceptado el desafío, y no los pondrá en libertad *hasta que den palabra de honor de desistir de su propósito*». Y el 384: «El que entrase á desempeñar un empleo ó cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento ó fianza requeridos por las leyes *quedará* [*ipso facto*, no en virtud de sentencia judicial] *suspenso* del empleo ó cargo *hasta que cumpla con las formalidades respectivas*». Hay que advertir que la duración de las penas entre nosotros *no es indeterminada*, como resulta ser la de las medidas que los artículos anteriores prescriben que se adopten, y que la duración de la suspensión de cargo público, profesión ú oficio, pena (art. 26 del Código penal común), ha de ser *cuando menos de un mes y un día* (art. 29).

por lo tanto, de no delictivos—; punibilidad, acaso inexplicable fundadamente de otra manera, ya que en tales hipótesis no se ha violado ninguna de las condiciones fundamentales de la convivencia social, ni hay tampoco materia para que la conciencia colectiva advierta una acción ostensiblemente contraria á sus fines, conveniencias ó intenciones. Si es cierto, como á menudo oímos decir, que el campo de las intenciones individuales le está reservado á la moral, y que en el mismo ni puede ni tiene por qué internarse el derecho (la conciencia social y sus órganos), difícilmente puede uno explicarse que los hechos llamados preparatorios de un delito, la tentativa de delito y el delito frustrado, la conspiración y la proposición para delinquir, caigan dentro de la esfera jurídica, no habiendo acción exterior dañosa. Lo propio cabe decir, según parece, de la provocación y la inducción á delinquir, incluso de la inducción á ejecutar actos que, sin ser lícitos, no llegan, sin embargo, á constituir delito legalmente penado, á lo menos con relación á las personas que los ejecutan (1); de la apología de los deli-

(1) Art. 279 del Código penal común: «Los ministros de una religion que en el ejercicio de sus funciones *provocasen á la ejecución* de cualquiera de los delitos comprendidos en los tres capítulos anteriores serán castigados ...». Art. 582. «Los que *provocasen* directamente por medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicación, *á la perpetración* de los delitos comprendidos en este Código incurrirán en la pena ...». Art. 584. «Incurrirán en la pena ...: 4.º Los que por medio de la imprenta, sin cometer delito, *provocaren á la desobediencia de las leyes y de las autoridades constituídas, hicieren la apología de acciones calificadas por la ley de delito...».* Conviene advertir que la circular del fiscal del Tribunal Supremo, fecha 2 de Octubre de 1883, considera punibles estos actos «que obran—dice— sobre los espíritus, y no sobre las cosas materiales», por la *tendencia* que en ellos existe á *ocasionar desorden;* pero añade que se trata de «manifestaciones de delitos *que no han llegado á consumarse*». Art. 500. «El que indujere á un menor de edad, pero mayor de siete años, á que abandone la casa de sus padres, tutores ó encargados de su persona será castigado...» ¿Lo será, y cómo (¿como autor de un delito especial consumado, sin aplicación ahora del núm. 2.º del art. 13, ó como autor de tentativa, ó de delito frustrado de sustración de menores?), en el caso de que la inducción no haya ido seguida del efecto que el inductor buscaba? Art. 459. «Incurrirán en la pena ... 2.º El que para satisfacer los deseos de un tercero ... ejerciera [¿aun sin resultado?]

cualquier género de inducción en el ánimo de menores de edad...». La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado con harta repetición (sentencias de 30 de Noviembre y 5 de Diciembre de 1877, 29 de Marzo de 1887, 8 de Mayo de 1888, 26 de Noviembre de 1889 y otras), como igualmente lo ha hecho la fiscalía del mismo (circular de 18 de Julio de 1903) que en los delitos á que se refiere este artículo (corrupción de menores) no es necesario que la prostitución llegue á efectuarse, para que la inducción ó promoción á la misma, aun sin resultado (simples hechos preparatorios de ella, según la concepción del delito á que el Código responde) constituya materia punible; y no ya tentativa ni delito frustrado, sino un verdadero delito consumado. El mismo tribunal, para quien la inducción á cometer un delito, si éste no se ejecuta efectivamente, sobre todo por no ser aceptada la invitación por parte de aquél á quien va dirigida, no envuelve punibilidad, por tratarse de una inducción frustranea, donde no hay daño (violación del derecho, perturbación del orden, que suele decirse), sino solamente intención ó dolo, elemento que no es suficiente (según la teoría objetivista en que el Código está informado) para constituir por sí el delito; el Tribunal Supremo, digo, olvidando esto, ha declarado alguna vez (sentencia de 18 de Marzo de 1873) ser *tentativa* de delito (punible), y no mera proposición (impunible), estimándolo, por consiguiente, como actos de ejecución (art. 3.º del Código penal común), el hecho de entregar un cónyuge á la persona encargada de preparar la comida del otro cónyuge una sustancia venenosa, diciéndole que eran unos polvos de amor. Y el fiscal del mismo tribunal, en una consulta inserta en la Memoria de 1899, considera como autor por inducción, no ya de tentativa (según ocurre en el ejemplo anterior), sino de *delito frustrado* de falso testimonio, «el hecho de ofrecer á un testigo cierta cantidad para que declare falsamente en determinado sentido, cuya cantidad se niega á aceptar; pues con la promesa ú ofrecimiento de dádiva—continúa el fiscal (acto de verdadera inducción)—practicó por su parte todo cuanto debiera producir como resultado el delito». Lo mismo ocurre en el ejemplo anterior, y sin embargo, se califica de diversa manera, esto es, de tentativa, y no de delito frustrado. Pero quizás no se trate ni de una cosa ni de otra, sino, como queda dicho, de simples proposiciones para delinquir, las cuales, salvo casos excepcionales, ya citados, no son punibles (artículos 4.º del Código penal común y 5.º del de la Marina de guerra). El mismo Tribunal Supremo lo ha reconocido así diferentes veces, estableciendo algunas, v. g., por las sentencias de 28 de Marzo de 1888 y 10 de Febrero de 1900—en oposición precisamente á la doctrina sentada en la circular á que nos acabamos de referir—que «el hecho de ofrecer dinero y aun amenazar á otros con el fin de que se retractasen de sus declaraciones prestadas en un juicio ejecutivo constituye *mera proposición* del delito definido y penado en el artículo 355 del Código, en los términos que presupone el párrafo último del art. 4.º, y como, según el párrafo primero del mismo artículo, la proposición sólo es punible en los casos designados especialmente en la ley, y en ellos no está comprendido el hecho indicado, éste no es justiciable»; y que «limitada la acción del reo á proponer á un testigo que declarase en favor de ciertos procesados, ofrecién-

tos ó de los delincuentes (1), de la amenaza (2), y aun de la

---

dole por ello determinada cantidad, tales actos podrán constituir *á lo sumo una proposición no penable*, en el caso presente, con arreglo al art. 4.º del Código, *pero en manera alguna el delito frustrado* de falso testimonio». Por los cuales ejemplos se ve lo embrollada y difícil que es esta materia, cuando se quieren resolver las cuestiones á ella referentes con los criterios dominantes acerca del delito, de sus elementos indispensables, de la punibilidad de los actos, etc. Pues, de un lado, se tropieza uno con hechos á los cuales no se les puede aplicar el marco de la punibilidad, pero que, por otro lado, no pueden dejarse impunes, por cuanto sus autores, no delincuentes en acto, lo son en potencia, como lo está demostrando de manera bien clara su conducta actual, peligrosa, aunque no propia y verdaderamente delictuosa ó punible.

Las leyes especiales ofrecen también numerosos ejemplos, no ya tan sólo, como se ha visto (nota de las pp. 75 y sigs., de tentativas y delitos frustrados, de actos preparatorios, de acciones meramente peligrosas, pero sin haber producido daño, todos los cuales se hacen objeto de sanción penal, sino también de provocaciones, inducciones y excitaciones á delinquir, las cuales, aun no habiendo sido secundadas, ni envolviendo, por lo tanto, daño ó quebrantamiento del orden existente, y sí sólo propósito, tendencia ó intención de quebrantarlo, se hacen objeto de represión, como si fueran indiscutiblemente delitos. V., por ejemplo, el art. 6.º de la ley de explosivos; el 1.º, núm. 5.º de la ley sobre ejercicios peligrosos de los niños; los 222, núm. 2.º, 223, núm. 5.º, 240, 244 y 291 del Código de justicia militar; los 116, núms. 2.º, 5.º, 6.º y 7.º, 138 y 199 del de la Marina de guerra. A los que podrían añadirse otros varios artículos del Código común, especialmente de los tres primeros títulos del libro segundo, y de los tratados de extradición (ejemplos: el art. 1.º, núms. 13 y 14, del tratado con Alemania; el art. 2.º, número 3.º, del con Bélgica; el art. 2.º, núm. 13, del con Francia; el artículo 1.º, núm. 12 del con Dinamarca; el art. 1.º, núms. 6.º y 7.º, del con los Países Bajos).

(1) V. el art. 584, núm. 4.º del Código penal común, copiado en la anterior nota. Art. 7.º de la ley de explosivos: «La apología de los delitos ó de los delincuentes penados por esta ley será castigada...». Art. 4.º de la ley llamada de jurisdicciones: «La apología de los delitos comprendidos en esta ley y la de los delincuentes se castigarán...».

(2) Art. 507 del Código penal común: «*El que amenazare* á otro con causar al mismo ó á su familia, en sus personas, honra ó propiedad, un mal que constituya delito será castigado...». Art. 508. «Las amenazas de un mal que no constituya delito, hechas en la forma expresada en el núm. 1.º del artículo anterior, serán castigadas...». Art. 5.º de la ley de explosivos: «*El que amenazare* con causar algún mal de los previstos en el art. 1.º de esta ley, *aunque la amenaza no sea condicional*, será castigado...». Art. 20 de la ley de policía de ferrocarriles: «A los que amenacen con la perpetración de un delito de los comprendidos en los arts. 16 y 17, se les casti-

provocación á duelo (1). Si no se atiende al punto de vista al que nos estamos refiriendo ahora, es á saber, el del peligro ó ausencia del peligro que puedan ofrecer determinados individuos que forman parte de una colectividad social dada, difícil parece la explicación de la conducta que, al contrario que sucede en los casos que mencionados quedan, sigue en algunos otros el legislador español. Pues, en buen número de ellos, en que habiendo infracción legal reconocida, se declara, no obstante, á los autores de ella, ó libres por completo de toda pena, ó acreedores á una pena inferior á la ordinariamente señalada y aplicada, es imposible, me parece á mí, atribuir esta conducta oficial (que tiene su apoyo en la conciencia del pueblo) á otra circunstancia, sino á que se considera que la moralidad subjetiva de los respectivos agentes, su capacidad delictuosa ó propensión á delinquir no es grave, ni merece, por lo mismo, que nadie se alarme y se ponga en guardia contra ella. Yo no me resuelvo á dar otra interpretación á aquellos artículos en que expresamentese da efi-cacia absolutoria al desistimiento más ó menos voluntario (2), ó á la reparación voluntaria del daño inferido á la

---

gará con las penas previstas en el art. 507 del Código penal.. ». Precisamente porque aquí no hay delito, sino sólo peligro ó temor de delito, mala inclinación subjetiva, es por lo que el art. 509 del Código penal faculta á los tribunales para «condenar al amenazador á *dar caución de no ofender al amenazado*». Ahora, la caución, aun incluída por el Código entre las penas (art. 26), es en realidad una verdadera medida de precaución, como ya lo dice su mismo nombre. Así lo demuestra también la circunstancia de ser éste *el único caso* en que la ley penal se acuerda de ella para imponérsela á los delincuentes.

(1) Art. 174, párrafo último del Código penal: «En los casos previstos en los núms. 2.°, 3.° y 4.° de este artículo, la provocación al duelo se reputará amenaza grave». Art. 180, párrafo segundo: «La provocación al duelo se reputará siempre amenaza grave». Art. 268. «La provocación al duelo, aunque sea embozada ó con apariencia de privada, se reputará amenaza grave...».

(2) El art. 3.° del Código penal común (igual que sus correspondientes 4.° del Código de la Marina de guerra, párrafo tercero, y 174 del de justicia militar) dice que el «propio y voluntario *desistimiento*» del agente priva del carácter de delictuosos á los actos de ejecución de un delito comenzado y no terminado, los cuales, en

víctima del delito (1), ó al «justo dolor» por una ofensa al pro-

otro caso, constituyen la tentativa de delito, que es punible. En cambio, el arrepentimiento y la reparación voluntaria de los malos efectos de la propia acción no tienen apenas virtud alguna entre nosotros, como la tienen en otras partes alguna vez, cuando el delito emprendido ha llegado al grado de frustración, y no hay que decir que tampoco cuando ya ha sido consumado. (Hay muchas sentencias del Tribunal Supremo en que así se declara. No obstante, una de 14 de Noviembre de 1887 considera como «atenuante que cabe dentro del núm. 8.°, art. 9.°, del Código penal, la circunstancia de haber devuelto espontáneamente los efectos sustraídos al perjudicado, con cuya conducta los reos repararon en parte el mal causado.» Del mismo modo, el Código penal de 1822 admitía como atenuantes «el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir ó remediar el daño causado por él, ó socorrer ó desagraviar al ofendido», y «el presentarse voluntariamente á las autoridades después de cometido el delito, ó confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas»; art. 107, circunstancias quinta y sexta.) Sin duda aquí, al contrario que en la tentativa, se considera que *quod factum est infectum fieri nequit*, y se hace prevalecer el punto de vista del daño exterior producido sobre el del simple peligro subjetivo, que es el que se toma en cuenta cuando se declara inexistente la tentativa siempre que la acompañe el propio y voluntario desistimiento del agente. La revocación voluntaria de la pena arbitrariamente impuesta disminuye también la punibilidad del autor de este delito (art. 206, núm. 3.°, del Código común). Según el art. 258 del mismo Código penal común, «cuando los rebeldes ó sediciosos se disolvieren ó sometieren á la autoridad legítima antes de las intimaciones [que el artículo anterior manda hacer á la autoridad gubernativa] ó á consecuencia de ellas, *quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores* de cualquiera de aquellos delitos [es decir, que el delito objetivamente tal, y cometido voluntariamente, existe, y sin embargo se perdona, y no se procede contra sus autores, en gracia al desistimiento, que es un cambio en la situación subjetiva del agente], y también los sediciosos comprendidos en el art. 251» (es á saber, los inductores y los caudillos principales de la sedición). Lo mismo dispone el art. 21 de la ley de orden público. Por su parte, el Código penal de la Marina de guerra atribuye igual eficacia al desistimiento en caso de conspiración ó de proposición. «El culpable, dice (art. 6.°), de conspiración ó proposición de delito *que desistiere* de llevarlo á cabo, dando parte de ello antes de que el delito haya tenido principio de ejecución, *quedará exento de responsabilidad*». Sin embargo, en el artículo anterior (el 5.°) declara «punibles la conspiración y la proposición para cometer un delito». V. también los arts. 122, 129 y 132 de este mismo Código y los artículos 226 y 239 del de justicia militar.

(1) Este sentido puede dársele, creo yo, al perdón presunto de que habla el art. 463 del Cód. pen. común. Tal perdón *extingue la*

pio agente ó á alguno de sus parientes más inmediatos (1), ó á la persuasión por parte del agente de que su acto es lícito ó carece de gravedad objetiva (2); ni á aquellos otros artículos

---

acción penal ó la pena (párrafo cuarto de dicho artículo) en los delitos de estupro, violación y rapto ejecutado con miras deshonestas; pero «el perdón *no se presume* sino *por el matrimonio* de la ofendida con el ofensor». De igual manera «el que contrajere matrimonio mediando algún impedimento dispensable... *quedará relevado* [de la pena correspondiente al delito ya cometido] cuando quiera que se revalide el matrimonio» (art. 488). Este efecto, en ambos casos, ha de ser el equivalente al de que hablan los artículos 464 y 494, cuando prescriben, el primero, que «los reos de violación, estupro ó rapto serán también condenados *por vía de indemnización*: 1.°, á dotar á la ofendida, si fuere soltera ó viuda; 2.°, á reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere; 3.°, en todo caso á mantener la prole»; y el segundo, que «en todos los casos de este capítulo [celebración de matrimonios ilegales], el contrayente doloso será condenado á *dotar* según su posibilidad á la mujer que hubiere contraído matrimonio de buena fe». Pues, sobre todo lo dispuesto en el art. 464, no puede tener aplicación, sino en el caso de que «la ofendida» no hubiere contraído matrimonio con «el ofensor», y lo del art. 494 tampoco parece aplicable sino á la mujer que de buena fe hubiere contraído matrimonio ilegal, y en el supuesto antes referido, el matrimonio celebrado con impedimento dispensable ha quedado revalidado y convertido, por lo tanto, en perfectamente legítimo, por lo que *ya no ha lugar á pena alguna.*

(1) Por ejemplo, según el art. 438 del Código penal común, el marido que, sorprendiendo en adulterio á su mujer, causare á ésta ó á su cómplice lesiones que no sean graves, *queda exento de pena;* y lo mismo sucede con los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y de los corruptores de éstas. Es algo parecido á lo que sirve de fundamento á la circunstancia eximente núm. 5.° del Código citado (cf. el art. 264 del de la Marina de guerra y el 263 del de justicia militar). Por eso, cuando el fundamento dicho (del «justo dolor») no existe, la exención desaparece. «El beneficio de este artículo (añade el párrafo último del art. 438) *no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la corrupción de sus mujeres ó hijas*» (los cuales no puede decirse—piensa sin duda el legislador—que sean delincuentes accidentales, esporádicos y, por eso mismo, nada ó poco peligrosos).

(2) En esto se apoya, á mi entender, el precepto del art. 580 del Código común, cuando establece que «están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente á lo civil, por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren: 1.°, los cónyuges, ascendientes y descendientes ó afines en la misma línea; 2.°, el consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro; 3.°, los hermanos y cuñados, si vivieren juntos». También puede añadirse aquí el art. 17, que declara »*exentos de las penas* impuestas á los

en que, por motivos subjetivos de análoga índole á los que acaban de ser enumerados, se disminuye, á veces muy considerablemente, la penalidad y, por lo tanto, la punibilidad y la imputabilidad, que se dicen son bases de la misma (1). A

---

encubridores á los que lo sean de sus cónyuges, de sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos, ó afines en los mismos grados. .».

(1) Son de citar á este efecto: *a*) Como caso de desistimiento voluntario, el art. 495, párrafo tercero: «Si el culpable [de detención ilegal, castigada con prisión mayor, ó sea con pena *de seis á doce años*] *diere libertad al encerrado ó detenido* dentro de los tres días de su detención, *sin haber logrado el objeto que se propusiere, ni haber comenzado el procedimiento*, las penas serán prisión correccional en sus grados mínimo y medio [*de seis meses á cuatro años y dos meses*] y multa de 125 á 1.250 pesetas». *b*) Como casos de «justo dolor» del sujeto del acto ó de los parientes más inmediatos, ó de su fuerte simpatía por la víctima del delito ó del propio delincuente: la circunstancia 5.ª del art. 9.º («haber ejecutado el hecho en *vindicación próxima de una ofensa* grave causada al autor del delito, á su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, ó afines en los mismos grados»); el caso del art. 403 («cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge, ó de algún ascendiente, descendiente, hermano ó afin en los mismos grados, *sólo* se impondrá al sobornante *una multa* equivalente al valor de la dádiva ó promesa», en vez de aplicar las penas mayores—hasta de presidio correccional, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva é inhabilitación especial temporal—que señalan los precedentes artículos para las varias formas del cohecho); el del 437 («el padre, madre, cónyuge, hermano ó cuñado de un individuo á quien hubieren mutilado con el fin de eximirlo del servicio militar» son castigados con pena inferior que si no fueran parientes); el del 438 («el marido—ó el padre—que sorprendiendo en adulterio—ó en conjunción carnal—á su mujer—ó á su hija menor de veintitrés años—matare en el acto á ésta ó al adúltero—ó corruptor—ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de *destierro*», en vez de serlo con las ordinarias del parricidio—cadena perpetua á muerte—, del homicidio—reclusión temporal—ó de las lesiones graves—hasta de prisión mayor, doce años, y aun reclusión temporal ó perpetua); el del 424 («la madre—ó los abuelos maternos—que *por ocultar su deshonra*—ó la de la madre—matare al hijo que no haya cumplido tres días será castigada con la pena de *prisión correccional*», en vez de serlo con las ordinarias del parricidio ó del asesinato—cadena temporal en su grado máximo á muerte); el del 427 («la mujer que causare su aborto ó consintiere que otra persona se lo causare..... *para ocultar su deshonra* incurrirá en la pena de *prisión correccional* en sus grados mínimo y medio», en vez de incurrir en la ordinaria, que es superior). *c*) Como casos de persuasión por parte del agente de que la acción por él ejecutada es perfectamente lícita ó carece de

estas disposiciones legales podríamos también aproximar otras, según las cuales, actos que generalmente son delitos pierden este carácter alguna vez, por autorizar, disculpar ó perdonar su ejecución quien puede hacerlo; y con respecto á los cuales, por convertirse ellos en lícitos, excusados ó justificados, queda también, cuando menos en cierto modo, como aniquilado el mundo criminal interno de quien los practica y conjurado el peligro que este mundo presenta para la colectividad en que el individuo se mueve. De esos actos, algunos son autorizados, justificados ó perdonados por la autoridad pública (1), y otros por personas privadas (2).

---

gravedad: la circunstancia 1.ª del art. 10, cuando sea declarada atenuante («ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural ó adoptivo, ó afin en los mismos grados del ofensor»); el art. 431, párrafo último («no están comprendidas en el párrafo anterior—que agrava la penalidad—las lesiones que al hijo causare el padre excediéndose en su corrección»); el art. 512, párrafo último («esta disposición—la que castiga el apoderarse de cartas y papeles ajenos y el descubrimiento y la divulgación de secretos—no es aplicable á los maridos, padres, tutores ó quienes hagan sus veces, en cuanto á los papeles ó cartas de sus mujeres, hijos ó menores que se hallen bajo su dependencia»); el 505 (declara impune el allanamiento de morada causado para evitar un mal grave, ó por causa análoga), etc.

(1) Dice, v. g., el art. 340, párrafo segundo: «*No se procederá* contra el denunciador ó acusador [autor del delito de acusación ó denuncia falsa] sino *en virtud de sentencia firme, ó auto, también firme*, de sobreseimiento del tribunal que hubiere conocido del delito imputado». Y el art. 482. «*Nadie podrá deducir la acción de calumnia ó injuria causadas en juicio, sin previa licencia* del juez ó tribunal que de él conociera». De otro lado, aunque el uso público de nombre supuesto es delito, según el art. 346, el párrafo último de este artículo agrega: «No obstante, el uso de nombre supuesto *podrá ser autorizado* temporalmente por la autoridad superior administrativa, mediante justa causa».

(2) Art. 24 del Código penal común: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. *Esto no se entiende respecto á los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia ó consentimiento del agraviado*». Art. 132. «La responsabilidad penal se extingue: ... 5.º *Por el perdón del ofendido*, cuando la pena se haya impuesto por delitos que no puedan dar lugar á procedimiento de oficio». Art. 449. «*No se impondrá pena* por delito de adulterio, sino *en virtud de querella* del marido agraviado». Artículo 450. «*El marido podrá* en cualquier tiempo *remitir la pena* impuesta á su consorte. En este caso *se tendrá también por remi-*

Debemos también añadir que si las leyes, como con la nuestra sucede, tienen muchas veces en cuenta—ya se ha visto—la intención subjetiva (deseo de lucro, propósito de injuriar, etc.) con que los autores de ciertos hechos los han reali-

---

tida la pena al adúltero». Art. 452, párrafo último: «Lo dispuesto en los arts. 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente» (es decir, al caso de amancebamiento «del marido que tuviere á la manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo»). Art. 463. «*No puede procederse* por causa de estupro, sino *á instancia* de la agraviada, ó de sus padres, abuelos ó tutor. Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia. En todos los casos de este artículo, el *perdón expreso ó presunto* de la parte ofendida *extinguirá la acción penal ó la pena*, si ya se hubiere impuesto al culpable». Art. 482, párrafos segundo y tercero: «*Nadie será penado* por calumnia é injuria, sino *á querella* de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado... *El culpable* de injuria ó de calumnia contra particulares *quedará relevado de la pena impuesta*, mediante *perdón* de la parte ofendida». Art. 489. «El menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que para este efecto hagan las veces de ellos... *deberá ser indultado* desde que los padres ó las personas á que se refiere el párrafo anterior *aprobaren el matrimonio contraído*». Art. 492. «El tutor ó curador que antes de la aprobación legal de sus cuentas contrajere matrimonio ó prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos ó descendientes con la persona que tuviere ó hubiere tenido en guarda, *á no ser que el padre de ésta hubiese autorizado debidamente este matrimonio*, será castigado...». Art. 132, núm. 4.º «El indultado [por las autoridades correspondientes] no podrá habitar por el tiempo que, á no haberlo sido, debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido, *sin el consentimiento de éste, quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado*». Ley de 18 de Junio de 1870 sobre la gracia de indulto, art. 15. «Serán condiciones tácitas de todo indulto... 2.ª *Que el penado haya de obtener, antes de gozar de la gracia, el perdón de la parte ofendida* cuando el delito por que hubiese sido condenado fuere de los que solamente se persiguen á instancia de parte». Ley de condena condicional, de 17 de Marzo de 1908, art. 3.º: «*Quedan exceptuados de la suspensión de condena* los autores, cómplices y encubridores de los siguientes delitos: Primero. *Los que sólo pueden ser perseguidos previa querella, denuncia ó consentimiento de la parte agraviada, de no solicitarlo expresamente la parte ofendida* antes de comenzar á cumplirse la condena...» Art. 5.º «El tribunal aplicará, por ministerio de la ley, la condena condicional en los casos siguientes:... Tercero. *En los casos comprendidos en el número 1.º del art. 3.º, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida*».

zado, ó se presume que los han realizado (pues con frecuencia hay hasta que presumirlo, no habiendo medio de llegarlo á conocer directamente), es porque, no contentándose con asegurar el orden presente, para el que basta respetar las intenciones objetivas, ó sea el cumplimiento de las reglas sociales vigentes en un determinado círculo social, han de preocuparse también necesariamente del orden futuro; y para anticiparse á los peligros que lo pueden amenazar, tienen que fijarse en el mundo interno de los asociados, que es la fuente de donde dicho orden social futuro ha de surgir. Y esto, ya se ve, es echar un extraño la sonda exploradora en el recinto, que se dice «sagrado», de la conciencia subjetiva individual, á fin de sorprender el juego de sus resortes; es invadir la que se califica á todas horas de esfera moral, campo ajeno, como también se dice, á la acción y la intervención del derecho, del Estado y de la conciencia social, y en el que se quiere que reine soberana e indiscutiblemente la dirección autónoma del sujeto individual.

Estas intrusiones, que diríamos, y estas usurpaciones de la conciencia colectiva y exterior en el considerado como coto privativo de la personal y subjetiva no son de extrañar, aun cuando á primera vista pueda parecer otra cosa. La conciencia social (que yo ahora, por exigencias del estudio, identifico con la ley y los mandatos de los poderes públicos, por más que á menudo entre las dos cosas haya discrepancias, hasta graves) es, ante todo, el supremo criterio de justicia, que no admite ni consiente que prevalezca á su lado, ó enfrente de él, ningún otro. Aquel conjunto de condiciones que constituyen un determinado ambiente histórico común, donde se hace posible la vida de los diferentes asociados, es lo primero de todo. La conservación del orden actual es lo que más importa. Si para ello se hace necesario el sacrificio de alguna conciencia individual, en cuyo funcionamiento se adviertan señales de peligro colectivo futuro, más aún que de verdadero perjuicio presente, se la sacrifica, calificándola de mala, de incompatible con el bien-

estar de la muchedumbre, y, por lo tanto, de delictuosa. El derecho—orden de la convivencia exterior, engranaje un tanto mecánico de intereses comunes en que se mezcla lo material con lo espiritual, moralidad objetiva, como también puede ser llamado, según queda dicho—se sobrepone á la moralidad (subjetiva), ejerciendo su imperio sobre ella y aherrojándola y amordazándola en caso necesario. Es lo que significa la indagación, por el Estado, en los casos dichos y en otros parecidos, de las ocultas intenciones de ciertos sujetos, para tratarlos como delincuentes con arreglo á ellas.

Pero esta investigación no se considera siempre necesaria, y por eso no siempre se lleva á cabo. Como los actos estén conformes con la moralidad objetiva, es decir, como exteriormente sean correctos y no presenten incompatibilidad con los fines que la conciencia colectiva (el derecho social, legislado ó no) tiene por lícitos y buenos, lo más general es que no se haga esfuerzo alguno por penetrar en el mundo interno del agente. La exterior conformidad con el orden social es suficiente para que se les tenga por bien intencionados. Con tal de que ninguna condición de las que hemos dicho constituyen el orden jurídico exterior resulte violada ú ofendida, sino que antes bien todas subsistan íntegras; con tal de que cada hombre se comporte positivamente con sus semejantes y coasociados en el mismo círculo social como compañero y aliado cooperador, y no como enemigo, es suficiente, aun cuando este comportamiento, ostensiblemente aceptable, esté inspirado por una mala voluntad. Quien así obre, se dirá que es un hombre justo, ó lo bastante justo para no ser calificado de delincuente; «que sea luego un hombre moral ó inmoral, es cosa—agregará la conciencia social, y en su nombre el legislador y los tribunales—que á mí no me toca apreciarlo; esa apreciación corresponde á la propia conciencia individual del sujeto y á criterios ó tribunales de índole que se dice moral, los cuales llegan hasta lo íntimo de la conciencia del que obra (Dios, el confesor, etc.). Nosotros—alegarán los legisladores, los pode-

res públicos, los demás órganos de la conciencia colectiva— nos damos por satisfechos con que los hombres confiados á nuestra dirección no atenten contra la vida, el honor, la propiedad, la libertad, etc., de sus semejantes, ni contra ningún otro de los elementos integrantes del orden social, cuya custodia nos está encomendada; quien así se conduzca será á nuestra vista (ó sea á los ojos del derecho social) una persona bien intencionada, ó cuando menos no mal intencionada, no delincuente, no incompatible jurídicamente con los intereses y las finalidades jurídicas, que son las finalidades y los intereses del círculo social á cuyo frente nos hallamos. Si los que se conducen de este modo externamente irreprochable lo hacen por tales ó cuales motivos, por tales ó cuales intenciones ó deseos malévolos, egoístas, inmorales, allá se las entiendan con su conciencia, que será la que pueda decirles, no nosotros, si el alma inspiradora de su conducta es buena ó mala, y si merece la salvación ó la condenación.»

La última de las combinaciones que pueden darse entre la conciencia social y la individual es la de que ambas reprueben la acción practicada, considerándola una y otra como animada de una mala intención. Antijurídicos ó antisociales, y al propio tiempo inmorales, los actos, ó sea hechos á los que acompaña á la vez inmoralidad objetiva é inmoralidad subjetiva, las dos esferas se apoyan y refuerzan mutuamente. Se trata de actos rematadamente malos; malos por dentro y por fuera; socialmente dañosos, reprobados por la ley y por la conciencia social que en ella se considera representada, y reprobados asimismo por la conciencia individual del propio agente, que percibe—y pone al mismo tiempo, por su espontánea é indeterminada voluntad—el pésimo espíritu que les anima. De ser exacta la teoría que generalmente se cree y se dice profesar acerca del delito y de su génesis, sólo aquí habría conducta que se pudiera calificar de delictuosa y punible, porque solamente aquí se unen *los dos* elementos tenidos por absolutamente *esenciales* para que el delito aparezca, y son á saber: el que-

brantamiento del derecho, el acto exteriormente censurable, y la dañada, impura y también censurable voluntad; el hecho de por sí ilícito, y la intención asimismo ilícita; el daño ó efecto (*eventus*, *effectus*, *Erfolg*), y el ánimo ó propósito (*animus*, *dolus*, *Absicht*, *Vorsatz*). Y pretendiendo los códigos y leyes vigentes entre nosotros responder á esta doctrina y traducirla en preceptos obligatorios, claro parece que en España no cabría en rigor perseguir judicial y penalmente como criminales, sino á aquellos individuos que de hecho—no meramente de intento—hubieran producido un daño exterior social, un trastorno efectivo del orden tenido como necesariamente respetable por la conciencia social y por su órgano la ley, y que hubieran producido ese trastorno con perfecta conciencia de producirlo, con deseo directo de producirlo y con ánimo claro y seguro de originar verdaderos perjuicios. Ya hemos indicado, sin embargo, suficientemente, cómo multitud de veces—la mayoría de ellas, acaso—, ni el legislador, ni consiguientemente los tribunales que aplican sus preceptos, respetan tales condiciones teóricas, conduciéndose de manera muy diferente de aquella que les parece emplear.

XV

EL SENTIDO DE LA VOZ «MALICIA»

¿Cuáles han de ser las características de la intención «mala», «inmoral», «dañada», «censurable» y, por lo tanto, «punible» (soporte de la imputabilidad), que, teóricamente al menos, ha de acompañar, según las leyes españolas, á los actos socialmente dañosos ó reprobados, ó también (ahora ya contraviniendo á las exigencias de la teoría) á ciertos sujetos que sólo han intentado ejecutar alguno de estos actos, pero sin conseguirlo, ó de quienes meramente se puede temer que en lo sucesivo puedan realizarlos ó pretender realizarlos? ¿Cómo han de arreglárselas los tribunales, y en general todas las gentes, para conocer las intenciones que, según las del legislador nuestro, deben ser consideradas como señales de que los sujetos en

quienes ellas residen no son merecedores de la confianza de sus coasociados?

La contestación á estas preguntas parece indispensable. Mas es dificilísima. Con el examen de las leyes mismas, puede lograrse algo, pero muy poco, desde el momento en que las palabras y conceptos que para las inferencias pueden servir —pues explicaciones y aclaraciones directas no las hay en ellas—son vagos y de significación variable, estando empleados en un sentido unas veces, y en otro sentido otras. Y por su parte, ni la doctrina sentada por el Tribunal Supremo con sus sentencias (las de los demás tribunales quedan desconocidas casi en su totalidad), ni la elaborada por los comentaristas de las leyes vigentes y por los demás escritores y publicistas de materias penales, nos ayudan tampoco gran cosa, en cuanto yo sé.

La palabra que quizá más parentesco tiene, de las que el legislador usa, con la «mala intención», necesaria para el delito imputable, es la de *malicia*, la cual no entra, según ya se ha indicado, en la definición que de éste da el Código penal ordinario, como entraba en la del Código de 1822 y como figura en la del vigente Código penal de la Marina de guerra y ha pretendido figurar en algunos proyectos de reforma del Código penal común. Es la palabra á que se alude multitud de veces cuando se discurre acerca del elemento interno imprescindible para que la delincuencia ó delictuosidad punible se dé en una persona. El legislador se sirve de ella en diferentes sitios, no sólo del Código común, sino también de otros Códigos y leyes especiales (1). También la encontramos en otros documentos oficiales y en no pocas sentencias del Tribunal Supremo.

Pero el caso es que, cuanto más la estudia uno, para encontrar en estos varios empleos que se le dan una significación concreta y uniforme de la misma, más y más se convence de lo inútil de su propósito. Pues esa significación es harto diferen-

(1) V. la nota 2 de la p. 64.

te en los distintos casos, lo mismo cuando se usa la voz como sustantivo, que cuando como adjetivo ó adverbio. Y ello da lugar á que, según nos atengamos á tal ó cual de esos diversos significados, sea perfectamente lícito sostener: ya que sólo *unos pocos* de los hechos penados por la ley pueden ser ejecutados con malicia—contra lo que se presupone ordinariamente y contra lo que el Tribunal Supremo tiene con insistente repetición declarado (1)—; ora, por el contrario, que esta malicia (que será equivalente á intención «mala», ó sea delictuosa y, por delictuosa, imputable y punible) acompaña de un modo regular é inexcusable á *todas* las acciones penadas por la ley, con tal de que su realización por el respectivo sujeto haya sido intencional, ó lo que es lo mismo, no imprudente, no negligente, no culposa; bien, finalmente, que *hasta en los actos* de esta última especie, en los *culposos*, se puede encontrar malicia—«cierta malicia», como hemos visto (nota de las pp. 54-55) que alguien piensa—, razón por la cual es posible imputárselos al agente, lo que de otro modo no sucedería.

Proviene esta indecisión de los fenómenos que ya anteriormente hemos notado. Es la misma incertidumbre respecto al elemento interno constitutivo del delito, soporte de la imputabilidad y de la punibilidad, vista por su aspecto subjetivo. Si nadie merece pena sino por sus hechos malos (2), ejecutados con mala intención, denunciadora de un estado espiritual peligroso, donde quiera que la mala intención falta el delito imputable no existe (aun cuando pueda haber acción socialmente dañosa). Y de este modo, resultaría que, no solamente no podrían ser objeto de pena los hechos culposos, los cuales, precisamente por ser culposos, es decir, por su misma naturaleza, carecen de toda intencionalidad, lo mismo «mala», que indiferente, y hasta buena, sino que tampoco sería posible considerar como imputables, para los efectos de traer consigo responsabilidad criminal, aquellos otros hechos, si malos objeti-

(1) Véanse las sentencias citadas antes, páginas 47 y sigs.
(2) Ya se ha visto que tampoco esto es verdad.

vamente (socialmente dañosos ó peligrosos), sin embargo, ejecutados con buena intención (subjetiva, con benevolencia, diríamos), ó sin intención (subjetivamente) mala: que sería como decir, desprovistos de malicia inspiradora. Pero, como de tal resultado había que huir, por ser socialmente inadmisible, no quedaba otro remedio sino optar por alguno de estos extremos: ó sentar que la malicia ó mala intención es característica *sólo* de algunos delitos, quedando éstos, por lo tanto, divididos en dos ó tres grupos, comprensivos de hechos esencialmente distintos (1); ó reconocer expresamente que *todos* los delitos, para ser tales (que por este aspecto quiere decir susceptibles de ser imputados), necesitan ir acompañados de malicia, su elemento internamente cualificativo; pero dando para ello al término «malicia» un sentido tan amplio y tan elástico, que holgadamente puedan entrar dentro del mismo todos los grupos de hechos legalmente prohibidos á que se acaba de aludir.

Ahora, á ambos sistemas se ha acudido y se viene acudiendo. El primero es el más común, según vamos á ver; pero no deja á veces de emplearse el segundo. Lo que podríamos estatuir como regla general es esto: que cuando el legislador, ó quien desempeñe sus funciones (v. g., el Tribunal Supremo), se sirve de la palabra «malicia», le da en cada caso aquel contenido que más le conviene para el logro del fin que á la sazón

(1) A saber: delitos maliciosos *ó* intencionales, y delitos *no* maliciosos *ó no* intencionales (culposos); ó bien: delitos ejecutados *con malicia* ó intención mala; delitos ejecutados *con intención, pero sin malicia*, ó sea con intención indiferente ó buena, y delitos ejecutados *sin intención* y, por consiguiente, sin malicia. En el primer caso, la malicia equivale á intención (ya sea ésta buena, ó ya mala), mientras que en el segundo se puede establecer esta gradación, de mayor á menor amplitud (especie de círculos concéntricos): *a*) hechos *imputables* (¿voluntarios?) siempre, *sean ó no sean* intencionales; *b*) hechos *solamente* imputables cuando les acompañe *intención* (aun subjetivamente buena); *c*) hechos *únicamente* imputables cuando vayan inspirados por una intención (subjetivamente) *mala*, ó lo que es igual, *maliciosos*. En los casos que quedan citados se pueden hallar no pocos ejemplos de todas estas clases. Las sentencias del Tribunal Supremo los ofrecen también abundantísimos. Un expurgo escrupuloso de ellas por este respecto sería del mayor interés. Luego se citan varias.

persigue. No es que salte de un significado á otro deliberadamente, no; por el contrario, puede creerse que lo hace sin él mismo darse cuenta de estas variaciones, inconscientemente, y hasta podría decirse acaso que á su pesar. Pero el hecho es que se comporta de esta suerte, y que quien se proponga interpretar el espíritu de nuestras leyes tiene que irle siguiendo, para poner de bulto esta falta de seguridad.

Veamos, pues, ahora más al pormenor los diferentes sentidos legales de la palabra «malicia» (1), aduciendo para ello los textos correspondientes.

---

(1) En el uso corriente de esta voz, se le da preferentemente un contenido intelectual, aunque siempre, acaso, teñido de un matiz que se refiere á las tendencias ó instintos que el sujeto tiene. Es así «malicioso», v. g., aquel que tiende celadas ó trampas á otro, en daño de éste, o en propio provecho, ó de ambas maneras juntamente. Lo es también el que le atribuye intenciones ó planes malos ó censurables, que el segundo no ha tenido (ni es quizás capaz de tener); ó hechos que no ha ejecutado (ni muchas veces pensado siquiera ejecutar); ó haber practicado los que ha practicado, por móviles ó para fines que no son exactos. En estos casos es cuando del malicioso se suele decir aquello de: «el que las hace [ó sea, el que es *capaz* de hacerlas] las imagina» [que es como decir, se las malicia, ó las piensa], y también aquello otro de: «piensa [maliciosamente] el ladrón que todo el mundo es de su condición». También es referible á esto mismo el proverbio: «piensa mal [de lo que otros piensen, planeen, digan ó hagan, refiriéndolo á malos propósitos], y acertarás». El principal significado de la malicia es aquí, á lo que parece, el de una construcción mental ó subjetiva, consistente en achacar á otros, ya con verdad, o ya también, y acaso ante todo, sin ella, malos propósitos ó malos actos; siendo propias tales construcciones, por lo regular, de aquellos sujetos que piensan, dicen ó hacen ellos mismos, ó que no tendrían gran escrúpulo en pensar, decir ó hacer lo que imaginan en otros. El pensamiento, en tal caso, sería, como otras veces, un signo denunciador del fondo real y más oculto de la persona, desconocido aun para ella misma.

En ocasiones se habla también de «ojos maliciosos»; y entonces, no siempre se quiere significar con esta expresión tanto como ojos inteligentes, astutos, de refinadas y largamente encadenadas intenciones, sino también codiciosos, lúbricos, vengativos, señales de un perverso ó peligroso estado de alma: con lo que tenemos ya á la malicia saliéndose del campo intelectual, á que se aludía antes, y entrando en el de los deseos, las concupiscencias, los instintos, el temperamento y el «modo de ser», que no improvisa uno deliberadamente, cuando y como le place, sino que le acompaña por manera indefectible, quiéralo y búsquelo él, o no lo quiera ni lo busque. Luego se pondrán de resalte las consecuencias legales que esta particularidad parece que debería tener.

Procediendo, digámoslo así, de mayor á menor, puede decirse que, aun cuando parezca extraño, hay veces—no muchas, sin embargo—en que la «malicia» se hace equivalente á la simple voluntad general de obrar, independientemente de la intención ó propósito con que se obre. Es entonces malicioso todo acto voluntario, con aquella voluntariedad de primer grado de que se habló antes (p. 102 y otras). Toda infracción de la ley, lo mismo las intencionales que las no intencionadas (imprudentes), con sólo que hayan sido el resultado de una acción querida en sí, en su objetividad material, y háyase ó no previsto y perseguido el efecto que ellas han originado ó podido originar, todas son maliciosas, que es como decir voluntarias. Sólo con esta condición es posible imputarlas. Más ó menos clara y decididamente, tiene que haber en ellas malicia, *cierta malicia* (1), una *malicia no verdadera*, por cuanto al autor de las referidas acciones «*no* puede aplicársele tampoco el dictado de *inocente*» (2). De aquí que, cuando á la malicia se le da por las leyes una acepción un poco restringida (más conforme con los significados corrientes de tal voz), acepción equivalente á la de «intención» del acto voluntario—como ocurre, según queda dicho, en el art. 1.º del Código de la Marina de guerra—, sea preciso añadir que hay, sin embargo, actos, los cuales se penan sin ser francamente (verdaderamente, diría la real orden de 29 Enero de 1901) maliciosos, pero en los que, para ser punibles, ó sea para ser delitos—pues sin ser delitos no parece *por qué* hayan de ser punibles—es necesario que se dé cuando menos una sombra de malicia (¿de voluntariedad?), supuesto que únicamente «son delitos ó faltas las acciones ú omisiones .. ejecutadas *con malicia*». Y así, en algún caso en que el fiscal del Tribunal Supremo ha tenido que dar una norma para la interpretación amplia del término malicia (ó malicio-

(1) V. la citada nota de la p. 54.

(2) Palabras de la real orden, que después se cita, fecha 29 de Enero de 1901, dictada para la inteligencia de la ley de 17 del mismo mes y año respecto del abono de tiempo de prisión preventiva.

samente) usado por el Código común, por convenirle esa amplitud para los fines que él buscaba, ha dicho que la malicia consiste, sin más, *en infringir* [¿lo mismo con intención mala que sin ella?] *el precepto terminante de la ley* (1). Y el propio Tribunal Supremo da también lugar á que se puedan interpretar de esta manera alguna vez sus resoluciones (2).

---

(1) Aludo á la circular de 21 de Enero de 1899 (Memoria fiscal de este año, pp. 238 y sigs.), dictada para explicar el sentido del artículo 584, núms. 3.°, 4.° y 5.° del Código penal común, en que se pena la publicación «maliciosa» de noticias, disposiciones, acuerdos ó documentos oficiales sin la debida autorización. El fiscal dice que están incluídos en este artículo «aquellos sumarios que la prensa forma, con respecto á determinados delitos, paralelamente y al lado del que instruye el juez». Ahora, este sumario de la prensa, ¿puede decirse, en realidad, instruído, cuando menos la mayoría de las veces, «con malicia», según afirma el fiscal, esto es, con mala intención, persiguiendo de una manera directa la obtención de los efectos socialmente dañosos de que el fiscal habla, y que en general son exactos? ¿O más bien, al contrario, se trata de resultados producidos sin que el periódico los busque intencionadamente, y sí sólo como consecuencia de su ligereza, de su imprudente imprevisión, de su afán de «reporterismo sensacional», mediante el cual satisface sus verdaderas y últimas finalidades, que son finalidades de lucro, á cada paso calificado de «legítimo» y, consiguientemente, de no malo—no malicioso—por la prensa misma, y aun por las gentes en general?

(2) Como las sentencias de 18 de Febrero de 1876 y 11 de Diciembre de 1889, ya citadas (p. 41), donde se dice que para que una acción sea delito, debiendo ser voluntaria, «*es indispensable* que haya en la misma [¿incluso, por lo tanto, en las ejecutadas con simple culpa, imprudencia ó negligencia?] *el grado de malicia necesario para que tenga los caracteres de una completa criminalidad*», y que «en tanto son delitos ó faltas las acciones y omisiones penadas por la ley, en cuanto se ejecutan *con malicia*, *sin cuyo requisito esencial* [¿de todas absolutamente?] *pierden el caracter criminoso* que de otra suerte revestirían». Algo parecido, si bien no idéntico del todo, han de querer decir aquellas otras sentencias, que son muchas (v. entre otras las de 18 de Julio de 1872, 29 de Setiembre de 1885, 22 de Noviembre de 1888, 25 de Octubre de 1893, 6 de Diciembre de 1893, 30 de Abril de 1896, 17 de Diciembre de 1897, 1.° de Mayo de 1900, 20 de Febrero de 1902, 11 de Diciembre de 1902 y otras citadas en la nota de la p. 69), en las cuales sólo se requiere, para que haya delito, y delito doloso ó intencionado, esto es, malicioso, una voluntariedad tan general, que la misma se reconoce existir aun en los casos en que (por *aberratio ictus*, ó por exceso en la eficacia del golpe) se haya causado daño (preterintencional) á quien no se proponía el agente producírselo. En alguna de estas sentencias se afirma por eso que «el autor de un delito perpetrado contra una perso-

En tales hipótesis, el concepto de la malicia, equivalente al de la voluntariedad, es más amplio, sin duda alguna, que el de la intención, pues trasciende de la ecuación, que hemos dicho supone ésta, entre el efecto exterior obtenido por la acción del agente y el perseguido por ella.

Pero lo ordinario no es esto. La idea más común que encontramos en las leyes y en los documentos oficiales que pretenden explicarlas ó interpretarlas es la de que la voluntad (ó voluntariedad) y la malicia no son términos equivalentes, sino de contenido distinto, más amplio el de la primera que el de la segunda (1). De modo que si no se da posibilidad de que

---

na *siquiera el mal haya recaído en otra distinta de aquella á quien tuvo intención de ofender y hubiere excedido los límites del que verdaderamente se propuso causar..., obra con toda la voluntad y malicia posibles* en caso semejante...» (sent. de 29 Setiembre de 1885), ó que «quien hace un disparo contra persona determinada ejecuta un acto ilícito y *malicioso*, de cuyas consecuencias es responsable [pero como agente doloso, no culposo], *aunque el daño recaiga en otra distinta* de la que motivó la acción» (íd. de 1.° de Mayo de 1900), ó que «el hecho de haber disparado el procesado un arma de fuego contra otro sujeto, infiriendo con el proyectil una lesión menos grave á un tercero, que se interpuso entre los contendientes... es un acto voluntario y *malicioso*...» (íd. de 20 de Febrero de 1902).

(1) Sin que falten tampoco—para mayor confusión—algunos casos en que ocurre precisamente lo contrario. Tales son el art. 3.° de la ley de cables submarinos y el 16, comparado con el 21, de la de policía de ferrocarriles, que dicen, respectivamente: art. 3.° «La rotura ó deterioro de un cable submarino hecho *voluntariamente* ó *por descuido culpable* [esto es, por imprudencia] ... será castigado...». Art. 16. «El que *voluntariamente* destruya ó descomponga la vía de hierro... será castigado.» Art. 21. «El que *por ignorancia, imprudencia, descuido ó falta de cumplimiento á las leyes y reglamentos de la administración* causare en el ferrocarril ó sus dependencias un mal que ocasione perjuicios á las personas ó á las cosas será castigado con arreglo al art. 581 del Código penal como reo de imprudencia temeraria». Se ve con toda claridad que, en estos artículos, el adverbio «voluntariamente» excluye de un modo expreso la conducta imprudente ó culposa, y, por lo tanto, que el obrar por descuido, ignorancia ó imprudencia *no es un obrar voluntario*, aunque sí sea culpable. La voluntariedad, aquí, no es la antes denominada de primer grado, donde—para dar completo alcance al art. 1.° del Código penal común que define el delito—incluíamos *todos* los hechos punibles; es, al revés, la de voluntariedad de segundo grado, que es lo mismo que decir intención en general. Y como esta intención en general es la mali-

haya malicia (acción ó conducta maliciosa) sin voluntad antecedente ó concomitante (sin que el acto malicioso sea voluntario), sí, al revés, hay (y hasta hay con frecuencia) voluntad sin malicia. Tal ocurre con la que acompaña á los hechos culposos (no ejecutados con malicia, que es el *dolus* MALUS), hijos de imprudencia, de ignorancia é impericia, de negligencia ó descuido, de infracción, inobservancia ó incumplimiento de leyes ó de reglamentos administrativos: todos los cuales hechos, aunque carezcan de malicia, parece que no pueden ser tenidos por delitos—á tenor del art. 1.º, párrafo primero del Código penal común—sino porque son precisamente voluntarios. Recuérdese cuanto ya antes se ha dicho (pp. 44 y sigs., 88 y sigs.) acerca del particular (1).

El significado que más frecuentemente dan al término «malicia» los mencionados órganos oficiales es el de intención en general (ya buena, ya mala, ó, mejor dicho, con independencia de que en sí, subjetivamente, sea buena ó mala), es decir, el de voluntariedad de segundo grado. La malicia, pues, según nuestras leyes, podemos considerarla, en la mayoría de los casos, significando meramente tanto como voluntad consciente, ó ejercitada á sabiendas de lo que se hace, con conciencia deliberada del fin inmediato que persigue la propia acción intencional y con deseo directo y claro de perseguirlo; á diferencia y como por contraposición á la voluntad indeliberada, inconsciente, inadvertida, impensada, inintencional, que se da en los delitos culposos: los cuales, si son delitos, no lo son

---

cia de que tratan diferentes artículos legales que se citan después, y sobre todo el 581 del Código penal común—al que alude expresamente el 21 de la ley de ferrocarriles—, resulta que en las disposiciones en esta nota copiadas *voluntad* y *malicia son palabras sinónimas*.

(1) Un ejemplo bien expresivo de esta diferencia entre voluntad y malicia, como relación entre lo más y lo menos, es el que ofrece el art. 7.º de la ley de cables submarinos, concebido de este modo: «Art. 7.º «Cuando un buque [querrá decir los que lo dirijan] hiciere *voluntariamente* operaciones que pudieran deteriorar ó destruir un cable..., aun cuando el capitán ó patrón de aquél *no tuviere intención* de causar daño, será castigado... Si el capitán ó patrón las hiciere *maliciosamente*...».

por ser actos practicados con malicia (ó intención), sino por haberlo sido tan sólo con verdadera voluntad (no maliciosa, ó no intencionada).

Este sentido es, creo yo, el que se debe atribuir á la malicia en la mayor parte de los casos en que la emplean nuestras leyes y algunas otras disposiciones, y también el que le dan muchas sentencias del Supremo (1). Así sucede con los artículos 368, párrafo segundo, 370, 371, 581, 584, números 2.º, 3.º y 4.º, y 605, núm. 3.º, del Código penal común (2). Así pasa igual-

(1) Es también el que se le da en el Código penal de 1822, las muchas veces que éste la emplea. Y de este Código arranca principalmente su uso legal.

(2) Art. 368, párrafo segundo: «En la misma pena [que «el juez que se negare á fallar so pretexto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley»] incurrirá el juez culpable de retardo *malicioso* [ó sea intencional, conscientemente buscado, no hijo de descuido, ni de causa imprevista, ni de fuerza mayor] en la administración de justicia». Art. 370. «El funcionario público que, faltando á la obligación de su cargo, dejare *maliciosamente* [¿intencionadamente, por tales ó cuales motivos subjetivos y para conseguir estos ó los otros fines mentalmente planeados?] de promover la persecución y castigo de los delincuentes... incurrirá en la pena. .» Art. 371. «Será castigado... el abogado ó procurador que, con abuso *malicioso* de su oficio, ó negligencia ó ignorancia inexcusables, perjudicase á su cliente ó descubriere sus secretos, habiendo de ellos tenido conocimiento en el ejercicio de su ministerio». En este artículo se ve bien marcado el contraste entre la malicia, de un lado, y la negligencia ó la impericia inexcusables (á saber, la ignorancia *vencible)* de otro lado: por lo que lo voluntario malicioso no parece ser otra cosa sino un voluntario opuesto á lo voluntario derivado de negligencia ó ignorancia, es decir, un voluntario realizado á sabiendas, consciente y deliberadamente. Y esta interpretación la abonan, á mi juicio los dos hechos siguientes: 1.º Que ni el adjetivo «malicioso», usado en los artículos 368 y 371, ni el adverbio «maliciosamente» del 370, van acompañados de otras frases que hagan comprender que el legislador da á aquellas palabras diferente sentido que el indicado: tales, por ejemplo, «propósito directo de dañar ó favorecer á alguien», «intención egoista de lucro», «deseo de venganza», etc., las cuales hemos encontrado empleadas otras muchas veces en el texto del mismo Código, siempre que este pretende pasar desde lo que hemos denominado primera intención á una intención segunda ó más lejana (á una finalidad determinada por el móvil personal, etcétera). 2.º Que en el mismo capítulo de la ley donde figuran los artículos antes copiados, en los que interviene la noción de la malicia, se emplea con inusitada frecuencia la frase «á sabiendas», como en sustitución de las otras, á ella equivalentes, «con conciencia», «por modo malicioso», «con voluntad deliberada»; y precisa-

mente con los arts. 223, núms. 4.° y 6.°, 234 y 306 de el de

---

mente, como en el art. 371 el término opuesto á «negligencia ó ignorancia inexcusables» lo constituye la malicia, en los otros del mismo capítulo el término opuesto á dicha «negligencia ó ignorancia inexcusables» lo forma la frase «á sabiendas». Así, á seguida de haber hecho intervenir esta frase en los artículos 361, 362, 363, 364 y 365, que hablan de sentencias civiles ó penales injustas dictadas por los jueces prevaricadores, el art. 366 añade, como para completar la materia de las sentencias injustas: «El juez que, *por negligencia ó ignorancia inexcusables* [es decir, *sin malicia*, ó NO Á SABIENDAS] ,dictare en causa civil ó criminal sentencia manifiestamente injusta incurrirá en la pena...»; y en el art. 369 se advierte entre la acción ejecutada «á sabiendas» y la ejecutada «por negligencia ó ignorancia inexcusables» la misma antítesis que establece el 371 entre el abuso «malicioso» y la «negligencia ó ignorancia inexcusables». Ese art. 369 dice de este modo: «El funcionario público que, *á sabiendas*, dictare ó consultare providencia ó resolución injusta en negocio contencioso-administrativo, ó meramente administrativo, incurrirá en la pena...». Párrafo segundo del mismo artículo: «Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare ó consultare, *por negligencia ó ignorancia inexcusables*, providencia ó resolución etc.». Es la misma antítesis entre lo voluntario «intencional» y lo voluntario «no intencional», que vemos admitida en algún otro sitio del propio Código: así, el artículo 619 dice: «Los que *intencionalmente* [«¿á sabiendas», «con conciencia deliberada», «con malicia»?], *por negligencia ó por descuido*, causaren un daño cualquiera no penado en este libro ni en el anterior serán castigados...»—Art. 581: «El que *por imprudencia temeraria* ejecutare un hecho que *si mediare malicia* [esto es, intención consciente ó propósito ó ánimo deliberado] constituiría un delito grave será castigado...»—Art. 584: «Incurrirán en la pena...: 2.° Los que por medio de la imprenta, litografía ú otro medio de publicación divulgasen *maliciosamente* hechos relativos á la vida privada que, sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios ó graves disgustos en la familia á que la noticia se refiera. [En este caso, como en el de la injuria (arts. 471-475), para que exista alma delincuente, ha de bastar con la conciencia de que los hechos divulgados son capaces de producir perjuicio, menosprecio, deshonra ó graves disgustos, sin necesidad de pensar en el móvil personal—odio, venganza, *chantage*, ánimo de lucro...—del autor del hecho; y por consiguiente á aquélla conciencia ha de equivaler la «malicia».] 3.° Los que por los mismos medios publicaren *maliciosamente* [¿«á sabiendas» de su falsedad?] noticias falsas de las que pueda resultar algún peligro para el orden público, ó daño á los intereses ó al crédito del Estado... 5.° Los que publicaren *maliciosamente* [¿«con conciencia» de que pueden hacer daño?] disposiciones, acuerdos ó documentos oficiales sin la debida autorización, antes que hayan tenido publicidad oficial». (Recuérdese la interpretación que precisamente á la voz «malicia» de este artículo ha dado la circular del fiscal del Supremo, fecha 21 de Enero de 1899, antes citada: V. la p. 201, nota 1). Art. 605: «Serán castigados...: 3.° Los que *por simple imprudencia ó por ne-*

justicia militar (1); con los 1.°, 10, núm. 3.°, párrafo segundo, y núm. 12, párrafo segundo, 117, núms. 3.° y 4.°, y 159 de el de la Marina de guerra (2); con los 69, núm. 8.°, y 72 de la ley

---

gligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causaren un mal que, *si mediare malicia*, constituiría delito ó falta».

(1) Art. 223. «Incurrirá en la pena .. : 4.° El que dé á sus superiores *maliciosamente* noticias contrarias á lo que supiere acerca de las operaciones de la guerra ... 6.° El que en campaña ó territorio declarado en estado de guerra inutilice de propósito caminos ... ó *de cualquier otro modo malicioso* [que parece equivaler al «de propósito»—intencional con primera intención—de que poco antes habla el mismo precepto] ponga entorpecimientos á las operaciones del ejército, ó facilite las del enemigo». Art. 234. «El militar que *maliciosamente* destruya, inutilice ó sustraiga libros ú otros documentos de interés ... incurrirá en la pena ...». Art. 306. «El que estando encargado, en tiempo de guerra, de suministrar á las tropas víveres, municiones ú otros efectos, deje de hacerlo *maliciosamente*, será castigado ... Si [por contraposición á esta omisión «maliciosa», intencionada, de propósito ó á sabiendas] lo hiciere *por descuido ó mera negligencia* [omisión culposa], incurrirá en la pena ...».

(2) Art. 1.° «Son delitos ó faltas las acciones ú omisiones penadas por la ley y ejecutadas *con malicia*». La malicia aquí equivale á intención ó voluntad consciente (voluntariedad de segundo grado). Así lo demuestran los dos párrafos siguientes del mismo artículo, uno ya citado textualmente (p. 58), y otro (equivalente al párrafo segundo del art. 1.° del Código común) que dice de este modo: «Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan ejecutadas *con malicia* [esto es, con conciencia del fin ó propósito á que tienden, á distinción de las que no se hallan en este caso y «son, sin embargo, punibles», según el párrafo siguiente del mismo artículo], á no ser que conste ó se pruebe lo contrario». De otro modo, es decir, dando otra interpretación más restringida—como la de que luego nos hacemos cargo—á la voz «malicia» de este artículo, tendríamos que no podrían ser delitos, para el legislador del Código de la Marina de guerra, las acciones puramente dañosas ó socialmente peligrosas, ejecutadas con conciencia y deliberadamente, pero sin propósito de dañar, *lucrandi causa*, etc.—Art. 10. «Están exentos de responsabilidad criminal: ... 3.° El mayor de nueve años y menor de quince, ó sordomudo de nacimiento menor de dieciocho, á no ser que hayan obrado con discernimiento. Se reputa que el marino obra siempre con discernimiento en los delitos de insubordinación, y en estos casos se aplicará una pena discrecional en proporción al grado de *malicia* que se aprecie en el marino menor de quince años». La malicia parece representar aquí, ó la perversidad del sujeto—de que se hablará después—, ó el discernimiento, la deliberación consciente, el autodominio, el desarrollo mental normal; pues si en estas cosas caben los «grados» de que el precepto legal habla, no sucede igual (como generalmente reconocen los escritores) en la voluntariedad libre, considerada como causa de los

electoral (1); con el 4.°, núm. 2.°, párrafo último, de la ley de 20 de Abril de 1888 sobre el Jurado (2); con el art. 39 del reglamento sobre instalaciones eléctricas (3); con el art. 223 número 1.°, del reglamento de sanidad exterior (4); con la real orden de 29 de Enero de 1901 sobre la interpretación que ha de darse á la ley de prisión preventiva promulgada el 17 del mismo mes (5); con la circular del fiscal del Supremo, fecha

---

actos y base de imputabilidad. Art. 10, núm. 12, párrafo segundo: «Esta circunstancia [se trata de la obediencia debida] la tomarán ó no en cuenta los tribunales ... teniendo presente si ... se prestó la obediencia *con malicia* ó sin ella». Art. 117. «Incurrirá en la pena ...: 3.° El marino que diere á sus jefes *maliciosamente* noticias contrarias á las que supiese acerca de las operaciones de la guerra. 4.° El que en campaña ó territorio declarado en estado de guerra inutilizase [se supone que «de propósito», con intención etc.] faros, semáforos ..., ó que de cualquier otro modo *malicioso* pusiere entorpecimiento para las operaciones de las escuadras ó fuerzas nacionales ó aliadas, ó facilitare las del enemigo». Art. 159. «El comandante de buque subordinado, ó cualquier oficial que *maliciosamente* se separase de la escuadra ó división á que pertenezca será castigado ...».

(1) Art. 69. «Incurrirán en las penas ... 8.° El que suscite *maliciosamente* [¿deliberadamente, á sabiendas, intencionadamente?] ó mantenga sin motivo racional dudas sobre la identidad de una persona ó la entidad de sus derechos». Art. 72. «Los funcionarios públicos que no entreguen ó [que] demoren *maliciosamente* la entrega de documentos ... serán castigados ...».

(2) Art. 4.° «El tribunal del Jurado conocerá: 1.° De las causas por los delitos siguientes: ... Imprudencia punible, cuando, *si hubiera mediado malicia*, constituiría alguno de los delitos aquí enumerados». Estos de itos de imprudencia son aquellos que, según se ha dicho ya (nota 1 de la p. 50), suele dejar impunes el Jurado, sin duda por no encontrar en ellos fundamento parala imputabilidad.

(3) Art. 39. «La responsabilidad en que puedan incurrir los concesionarios ó propietarios de instalaciones eléctricas, por *malicia*, imprudencia ó descuido en la construcción ... será exigible ...».

(4) Art. 223. «Serán considerados como responsables de los delitos previstos y penados en los arts. 335 y 337 del Código penal: 1.° el capitán, contramaestre, patrón ó consignatario que faltare *maliciosamente* á la verdad en las respuestas que diere á los interrogatorios dirigidos por los funcionarios sanitarios».

(5) Dice, en efecto, uno de los párrafos de esta real orden: «Hay, sin embargo, delitos *que no arguyen malicia verdadera* [¿intención?, ¿maldad?, ¿voluntariedad?: ¿qué arguyen entonces?], aunque á quien los cometió no pueda aplicársele el dictado de inocente. [¿Por qué? Aquí se ve bien la vaguedad é incertidumbre que quedan advertidas: pp. 46 y siguientes]. Tales son *los cometidos*

3 de Noviembre de 1887 (1); con una porción de sentencias del Tribunal Supremo (2), y también con algunos artículos del

---

por imprudencia ó negligencia... sin intención verdaderamente maliciosa, aunque sí con la *falta de reflexión y cuidado* que son de exigir en todo ser de razón, y que es la que constituye precisamente la imprudencia ó negligencia.» Aquí se coloca, al parecer, enfrente de la acción imprudente ó culposa, y como término opuesto á ella, tanto el acto simplemente intencional (ejecutado con conciencia del fin, con «la reflexión y cuidado» propios de todo ser de razón, puramente malicioso en el sentido á que nos estamos refiriendo), como el inspirado por una intención (segunda) mala ó maliciosa: lo que no puede menos de traer inseguridad y confusiones. Análoga observación puede serle aplicada á la sentencia del Tribunal Supremo, fecha 7 de Enero de 1901, reproducida más adelante (y también en la p. 48), de cuyo contexto parece resultar que la intención y la malicia inspiradoras de los actos punibles no son cosas idénticas, y, sin embargo, á ambas *por igual* se contrapone en ella la imprudencia, la cual, de este modo, viene á ser, *al propio tiempo*, el término opuesto de la intención Y de la malicia, cuando la malicia y la intención también se diferencian entre sí. Sería, pues, éste un caso en el cual fallaría aquel axioma, tan querido y repetido en sus argumentaciones por lógicos y matemáticos (quienes no suelen ser sino unos lógicos), y por cuya virtud «dos cosas iguales á una tercera son iguales entre sí.» Ahora habría que cambiarlo de este modo:

Intención = término opuesto á imprudencia.
Malicia = término opuesto á imprudencia.
Intención $\gtrless$ malicia.

Lo propio puede decirse de otras varias sentencias, que hablan también de *intención maliciosa*, existente en la generalidad de los delitos, y que falta en los cometidos, por el contrario, *con imprudencia* (v. las de 25 de Setiembre de 1872, 23 de Abril de 1874, 25 de Setiembre de 1877, 29 de Marzo de 1894); intención maliciosa, que puede ser ó no equivalente á la *intención criminal* á que se refieren también algunas otras sentencias (v. g., la de 10 de Marzo de 1882.)

(1) Donde se dice lo siguiente: «Conforme al art. 356 del Código penal, la circulación y venta de alcoholes... que no reunan las condiciones de pureza requeridas... deben calificarse... como actos ejecutados *con malicia* [á sabiendas de lo que se hace y del mal que con ello se puede originar], rechazando cualquiera pena más leve, á pretexto de [que no ha intervenido malicia ó intención, sino precisamente su término contrario, la] *imprudencia temeraria*».

(2) Tales como las siguientes, algunas de las cuales han sido citadas ya anteriormente (pp. 47 y sigs.): «El art. 581del Código declara penables los hechos cometidos *por imprudencia* temeraria, y que si mediase *malicia* constituirían un delito grave; y en tal concepto, basta para la imposición de la pena que dicha

Código civil (1). Aun cuando debe ser advertido que varias de estas prescripciones (como se desprende de su simple lectura)

---

disposición prescribe, que la acción ú omisión, causa originaria y eficiente del delito, sea voluntaria en el agente [la voluntariedad de primer grado], aun cuando no haya mediado por su parte [malicia, esto es] *ánimo deliberado ó intención* de cometerlo» (7 de Marzo de 1871 y 19 de Diciembre de 1871). «El hecho origen de la causa no se califica de homicidio ni de lesiones, porque no lo es ni puede considerarse en tal concepto, puesto que no existió *malicia* por parte del agente, que no tuvo *intención ni ánimo* de producir las dos desgracias que ocurrieron incidental y casualmente, sino que se califica y pena como *imprudencia* temeraria...» (9 de Octubre de 1871). «El art. 581 del Código hace una distinción de la voluntariedad de la acción, según que sea *maliciosa* [intencional], ó que deje de serlo *por imprudencia* temeraria...» (25 de Setiembre de 1872). «El principio legal establecido en el art. 1.º del Código penal está esencialmente subordinado al otro principio establecido en el art. 581, marcándose así la *diferencia esencial* entre los actos voluntarios penados por la ley, ejecutados *con malicia*, y los realizados *sin ella*, pero *con imprudencia* (2 de Junio de 1873). *La imprudencia* temeraria penada en el art. 581 del Código sólo tiene lugar cuando no hay *malicia*, y el procesado no se encuentra en este caso si ejecutó el disparo *con intención* y *voluntad deliberada* [¿de disparar?]». (La malicia, aquí, es bien claramente igual á lo que se ha llamado primera intención ó voluntariedad de segundo grado.) «La *malicia* de la ley consiste en violar los preceptos legales manifiestamente y *con pleno conocimiento de que se obra*» (20 de Octubre de 1877). «Para que pueda calificarse un hecho como producido *por imprudencia*, es necesario, conforme á lo que se determina en el art. 581 del Código penal, que haya sido ejecutado *sin mediar malicia*, ó SEA INTENCIÓN de parte del agente» (18 de Octubre de 1878). «El principio esencial de todo delito consiste en la *malicia* del agente... salvo el caso especial del daño en las personas ó en las cosas que se produce *por imprudencia* [ó sea *no* maliciosa ó intencionalmente]» (27 de Mayo de 1891 y 29 de Diciembre de 1892). «No sólo son justiciables en la vía criminal los hechos prohibidos por la ley cuando son ejecutados con *malicia*, ó sea *con plena conciencia* y *voluntad*, sino también cuando son ejecutados *por imprudencia* temeraria, ó por simple imprudencia ó negligencia...» (24 de Diciembre de 1897).—Otra larguísima serie de ellas, dictadas en interpretación y aplicación de muchos artículos del Código penal ó de otras leyes, podrían citarse. He aquí algunas: 7 de Febrero de 1874; 19 de Marzo, 30 de Mayo, 25 de Setiembre, 23 de Octubre y 4 de Diciembre de 1877; 1.º de Mayo, 5 de Octubre y 2 de Diciembre de 1878; 19 y 22 de Enero de 1879; 28 de Abril, 31 de Mayo, 3 de Julio y 16 de Diciembre de 1882; 19 de Marzo de 1885; 2 de Marzo y 2 de Abril de 1887; 9 de Noviembre de 1895; 10 de Febrero de 1896; 10 de Junio de 1898; 20 de Junio de 1900; 25 de Octubre de 1905.

(1) Por ejemplo, resueltamente el 705, y acaso también el 241:

se sirven de la palabra en cuestión de una manera vaga y equívoca, que se presta á variedad de interpretaciones.

A consecuencia de ello—y sin necesidad de fijarse uno en otros artículos de ley y en otros preceptos de que pronto vamos á hablar, en los cuales el significado de la «malicia» es seguramente distinto del que le estamos atribuyendo—, no deja de haber casos en que la vacilación está clara y en que el Tribunal Supremo, obligado á fijar el sentido de dicha palabra, más bien que hacerlo equivalente al de la simple «intención y voluntad deliberadas», como acabamos de mostrar que ocurre á menudo, y hasta quizás pudiéramos decir que regularmente, parece tender ya á separar una cosa de otra y á considerar á la «malicia» como una especie particular dentro del género «intención», habiendo de este modo intenciones que, aun siendo criminales, ó sea suficientes para fundar la imputabilidad de un delito objetivo á quien lo ha ejecutado, no llegan, sin embargo, á ser maliciosas.

La gama de los hechos delictuosos por parte del elemento interno que (según se dice) es preciso que los anime para que se conviertan en punibles, ó lo que es igual, en imputables al agente que los practica, y no se queden reducidos á ser meras desgracias, hechos fortuitos ó casos de fuerza mayor, sería, por lo tanto, según nuestra legislación y según sus órganos aplicadores, la siguiente: 1.º Hechos *meramente voluntarios*. En esta categoría están comprendidos, tanto los cometidos por imprudencia ó culpa (1), como los intencionales. 2.º Hechos *meramente*

---

pues el primero dice que «declarado nulo un testamento abierto, por no haberse observado en él las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan [pero ¿no lo será también criminalmente de un delito de falsedad en documento público?], si la falta procediere de su *malicia* [si se hubiere originado intencionalmente, de propósito, á sabiendas], ó de negligencia ó ignorancia [impericia] inexcusables»; y el segundo, que «cuando el tutor promueva contienda judicial..., podrán ser personalmente condenados en costas los vocales del consejo de familia, si hubiesen procedido con notoria *malicia*».

(1) Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo—por más que

intencionales; y aquí están incluídos, así los practicados con malicia ó intención mala, como los ejecutados sin ella. 3.º Hechos

---

en muchas ocasiones haga de la voluntad un término equivalente á los de malicia, intención, voluntad consciente y deliberada, conforme hemos visto—, lo general es que se sobreentiendan incluídos dentro de la categoría de los hechos voluntarios, no tan sólo los intencionales, sino también los hijos de culpa, imprudencia, negligencia, etc. Son bien explícitas á este respecto las sentencias de 7 de Marzo y 19 de Diciembre de 1871 (ya citadas), ambas las cuales declaran «penables, según el art. 581 del Código, los hechos cometidos por imprudencia temeraria .., *bastando para la imposición de las penas correspondientes*, con que la acción ú omisión, causa originaria y eficiente del delito, sea *voluntaria* en el agente, aun cuando no haya mediado por su parte intención ó ánimo deliberado de cometerlo»; la de 25 de Setiembre de 1872; la de 13 de Marzo de 1876, donde se determina que «para poder los tribunales aplicar el art. 581 del Código penal, y estimar como imprudencia temeraria un hecho, es necesario, además de la *voluntad* en el agente, *requisito indispensable para que sea delito*, que haya aquél procedido sin malicia»; la de 28 de Junio de 1881, que dice á su vez: «para que pueda tener aplicación el art. 581, *aparte* de la circunstancia de que no haya mediado malicia [intención], *es ante todo indispensable* que el acto de que se trata haya sido *voluntario*»; la de 8 de Julio de 1882, según la cual, «como el acusado, si bien procedió *voluntariamente*, no lo hizo con malicia..., es evidente que obró con imprudencia temeraria»; la de 18 de Octubre de 1886, que establece la misma doctrina; la de 1.º de Octubre de 1894, en la que se dice que «los hechos motivo de la presente causa son imputables al recurrente, por ser *resultado de su voluntad, si bien no intencional...*»; la de 7 de Enero de 1901, cuyo texto se reproduce más adelante (p. 213). Pero no deja también de haber algunas que parecen decir lo contrario precisamente, ó que dan motivo para sostener tanto una solución como la otra. Así, una de 10 de Marzo de 1874 afirma que «según el art. 581 del Código penal, hay imprudencia temeraria cuando se ejecuta un hecho que si mediare malicia constituiría delito; y en tal concepto, es indispensable que la acción ú omisión, causa eficiente de aquel delito, se haya ejecutado por el procesado *involuntariamente*, pero sin que por su parte haya puesto los medios necesarios y racionales para evitarlo»; otra de 10 de Mayo de 1886 sienta esta tesis: «el delito de imprudencia temeraria *excluye en absoluto la concurrencia del elemento de la voluntad* en el mal, daño ó atentado que se produce como consecuencia de un acto anterior y *voluntario*»; y otra de 10 de Marzo de 1899, donde se determina «no ser legal, ni justa, ni procedente» la pena impuesta «como autor del delito de homicidio cometido deliberada y maliciosamente», á un sujeto que «en lucha con otros individuos, mató á uno de éstos por habérsele disparado *involuntariamente* el arma de fuego que esgrimía para defenderse de los golpes que sus contrarios le daban».

necesariamente maliciosos, cuya imputabilidad no existe, como no les acompañe una intención precisamente mala.

Véanse, ante todo, las siguientes sentencias, donde ya la mentada separación apunta. «Si bien *no hubo intención* por parte del procesado de causar un mal de tanta gravedad, *proponiéndose sólo* ofender á su contrario, esto no obstante, *para que tuviera aplicación el art. 581, que castiga la imprudencia temeraria, sería preciso que no hubiera mediado malicia*, y existiendo ésta en el hecho por parte del procesado, como aparece que la hubo, constituye ya un acto ilícito y no puede penarse como imprudencia» (1); «*no es la falta de intención, sino la de malicia* en el agente, la que la Sala admite para calificar de simple negligencia el acto inductivo de la falsedad de un documento oficial ...» (2); «los delitos de falsedad, por su índole y naturaleza, se suponen siempre ejecutados con conciencia de lo que se hace, y en los que han sido objeto de la causa no hay hecho alguno que indique ó revele lo fueron inconscientemente, sin *intención* NI *malicia*» (3); «si bien no medió *malicia* NI *intención* de parte del procesado, hubo sí una falta notable de prudencia y previsión, que constituye evidentemente la imprudencia te-

---

(1) Sentencia de 28 de Diciembre de 1877. Se da en este caso el fenómeno de que el tribunal considera más amplio el concepto de la malicia que el de la intención, contra lo que frecuentemente ocurre. La malicia, ahora, es equivalente á lo que los autores llaman *dolus indeterminatus* ó genérico, que es intención ó voluntad consciente de cometer un delito en general (un acto que cae dentro de las prohibiciones del Código: matar ó herir más ó menos gravemente, mutilar, ofender, etc., «lo que salga»); mientras que á la intención se la equipara con el *dolus determinatus* ó específico, y se la hace consistir en el propósito cierto y único de conseguir aquel resultado precisamente que el hecho exterior ha venido á producir. La particularidad no parece debida á otra causa, sino á la necesidad de dar algún sentido á las diferentes palabras de que el Código se sirve en los distintos artículos para expresar relaciones que otra multitud de veces identifica él mismo.

(2) Sentencia de 11 de Noviembre de 1875.

(3) Sentencia de 9 de Junio de 1880. Según los términos en que esta sentencia está redactada, la intención y la malicia son cosas diferentes. A menos que se tome el empleo de ambas palabras juntas como una redundancia.

meria» (1); »el homicidio resultante no se ha verificado con *malicia* É *intención*, sino como consecuencia de un acto de imprudencia» (2); «no debe confundirse de ninguna manera la falta de *malicia* en el agente, que es una cualidad esencial y ciertamente constitutiva de la imprudencia temeraria, con la falta de *intención* de causar un mal de tanta gravedad como el producido, que, á su vez, es una circunstancia sin más virtualidad ni otro alcance sino el de atenuar la responsabilidad del delincuente» (3); «no puede atribuirse al recurrente la intención dolosa de producir la muerte á su hijo ..; y si se la causó..., el parricidio que por ello resultó no fué con *malicia* NI *intención* de causarlo, sino por consecuencia del acto imprudente realizado por el padre ..» (4); «el que coloca un petardo de dinamita junto á una casa, huyendo cautelosamente del sitio, después de haber encendido con una cerilla la mecha de aquél, que estalló al poco rato, produciendo gran alarma en la población y en la casa del ofendido... ejecuta un acto *intencional* Y *malicioso*...» (5); «para que un mal constitutivo de delito pueda estimarse ejecutado por imprudencia, es preciso que el hecho determinante sea, por su índole y naturaleza, *sin malicia* Y *con absoluta falta de intención* en cometerlo» (6); «según la ley positiva, la voluntad *intencional* Y *maliciosa* [cosas, pues, distintas] es el alma de los hechos delictivos que aquélla prevé y castiga, á diferencia de la imprudencia, para cuya penalidad [punibilidad, querrá decir] basta con que la acción productora del mal constitutivo del delito sea voluntaria, aun cuando no la acompañen la *intención* Y la *malicia*» (7); «la di-

(1) Sentencia de 11 de Diciembre de 1880, á la que es aplicable la observación de la nota precedente.
(2) Sentencia de 21 de Noviembre de 1881.
(3) Sentencia de 15 de Diciembre de 1885. Es aquí aplicable lo dicho en la nota 1 de la p. 212.
(4) Sentencia de 13 de Junio de 1887.
(5) Sentencia de 15 de Diciembre de 1890.
(6) Sentencia de 30 de Setiembre de 1892.
(7) Sentencia de 7 de Enero de 1901. Esta sentencia parece establecer bien la gradación de que se ha hablado, admitiendo diferentes bases de imputabilidad ó fundamentos subjetivos de criminali-

versión que consiste en maltratar de obra á una persona, imponiéndole verdaderas torturas y causándole lesiones y enfermedad, presupone indiscutible *malicia* Y deliberada *intención* ...» (1).

Pero hay otras varias prescripciones legales y resoluciones de jurisprudencia, en donde ya es de todo punto imposible hacer á la malicia sinónima de la mera intención delictuosa, suficiente para constituir imputabilidad en multitud de casos (2). Esas prescripciones y resoluciones no admiten que haya «malicia», sino allí donde se dé una clara y directa «intención maliciosa», es decir, una intención encaminada expresa y determinadamente á causar perjuicios al prójimo, ó á producir un daño general, ó á obtener el agente provechos personales y egoístas. La «malicia» es entonces algo como «mala voluntad», como «dañada ó malvada intención», «intención criminal ó perversa», que á menudo oímos decir (3). Quizá á veces se pudiera dar esta explicación y esta aplicación á la «malicia» ó el obrar «malicioso» ó «maliciosamente»

---

dad, á saber: *a) simple voluntariedad*, sin intención ni malicia, fuente de los delitos culposos; *b) voluntariedad intencional*, no maliciosa, origen de los delitos ejecutados con la primera intención, sin necesidad de pensar en la segunda; *c) voluntariedad intencional y maliciosa*, raíz de los delitos realizados con segundas ó ulteriores intenciones, calificadas socialmente de malas. Por cierto que en esta sentencia, como igualmente en varias de las anteriores, y al revés de lo que pasa en otras (conviene hacerlo notar), lo contrario de la imprudencia *no es tan solo la malicia*, sino, á la vez que ella, *también la intención*. Véase la nota 5 de la p. 207.

(1) Sentencia de 8 de Noviembre de 1904.

(2) En todos aquellos á que se refieren los textos legales citados en las pp. 95 y sigs., y sobre todo las 98 á 101.

(3) Es una «malicia» equivalente á la voluntariedad ó intención que exigen, según hemos mostrado, muchas disposiciones legales, las cuales no se contentan, para que haya delito, con que exista una acción voluntaria, conscia y deliberadamente ejecutada, con representación mental previa de los efectos exteriores que de la misma han provenido; sino que requieren *además* la presencia de un «propósito de defraudar», un «propósito de lucro», un «propósito de eludir el pago de impuestos», un «propósito deshonesto», un «propósito inmoral», una «intención de injuriar», «intención de causar perjuicio», «intención de lucro», «ánimo de lucro», «objeto inmoral», etc., etc. V. las pp. 113 y sigs., 136 y sigs.

de que se ocupan los citados arts. 368, 370, 584, núms. 3.º y 5.º, del Código penal común; los 223, núms. 4.º y 6.º, 234 y 306 de el de justicia militar; los 10, núm. 12, párrafo segundo, 117, núms. 3.º y 4.º, y 159 de el de la Marina de guerra; los 69, núm. 8.º, y 72 de la ley electoral; el 223, núm. 1.º, del reglamento de sanidad exterior; y acaso todavía algún otro. Pero, probablemente, no es posible atribuir otro significado al empleo de ella en los arts. 2.º y 572 del Código común (1); 118, párrafo tercero, del Código de la Marina de guerra (2); 17, circunstancia 4.ª, de la ley de 3 de Setiembre de 1904 sobre contrabando y defraudación (3); 7.º de la ley de cables submarinos (4); 27, párrafo segundo, de la ley de 19 de Mayo de 1908 sobre tribunales industriales (5); y en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1871, 29 de Abril de 1876, 12 de Diciembre de 1878, 21 de Setiembre

---

(1) Art. 2.º El tribunal sentenciador de una causa «acudirá al gobierno, exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigorosa aplicación de las disposiciones del Código resultare notablemente excesiva la pena, *atendido el grado de malicia* y el daño causado por el delito». Artículo 572. «Incurrirán en las penas de este capítulo los que causaren estragos por medio de inmersión ó varamiento de nave, inundación, explosión de una mina ó máquina de vapor, levantamiento de los rails de una vía férrea, cambio *malicioso* de las señales empleadas en el servicio de éstas para la seguridad de los trenes en marcha...»

(2) Art. 118, párrafo tercero: «Si por el desvío del rumbo indicado por el práctico, ó del camino por el guía, no se ocasionare perjuicio á la expedición o á las operaciones, justificándose que el guía obró *maliciosamente* [ó lo que es igual] *con el fin de causárlo*, se impondrá la pena...»

(3) Art. 17. «Son circunstancias atenuantes:... 4.º Cualquiera otra circunstancia que manifiestamente disminuya la *malicia* del culpable».

(4) Art. 7.º «Cuando un buque hiciere voluntariamente operaciones que pudieran deteriorar ó destruir un cable..., aun cuando el capitán ó patrón no tuviere intención de causar daño, será castigado... Si el capitán ó patrón las hiciere *maliciosamente* [es decir, por lo que resulta de lo que acaba de declarar el mismo precepto, *con intención de causar daño*], se considerará como delito frustrado y se penará...»

(5) Art. 27, párrafo segundo: «Si el juez y los jurados declarasen la *malicia* ó [¿la?] temeridad de alguno de los colitigantes, podrán imponerle una multa...»

de 1882, 3 de Julio de 1876, 18 de Octubre de 1886, 5 de Junio de 1891, 29 de Diciembre de 1892, 4 de Julio de 1903 y 19 de Noviembre de 1903, entre otras (1).

---

(1) «La omisión del alcalde [el procesado] no fué *maliciosa*, puesto que no existe antecedente alguno del que pueda inferirse que tuviera *interés* [¿lucro?, ¿móvil personal?] *en dejar impunes aquellos hurtos*» (20 de Abril de 1871). «Para que un hecho pueda calificarse de imprudencia temeraria, es necesario que no tenga *malicia*, ó sea *que no se ejecute* DIRECTA y DETERMINADAMENTE EN OFENSA Y DAÑO DE OTRO» (23 de Abril de 1876). Por donde, al parecer, vendrían á resultar, ó *actos sin malicia* y, por lo tanto, no delitos, ó delitos meramente culposos, todos aquellos que no se ejecutan «directa y determinadamente en ofensa y daño de otro», ó que hasta se ejecutan con ánimo ó deseo de producirle un beneficio. (V. lo que se ha dicho antes: pp. 131 y sigs., sobre todo las 144 y 145, 151 y sigs., 175 y sigs.) Claro es que el tribunal que dictó esta sentencia no debió pensar en que de ella resultaran semejantes consecuencias; pero estas fluyen, me parece á mí, de la misma, como igualmente ocurre con otras, v. g., con la de 4 de Octubre de 1893, la cual establece que *sin la tendencia á perjudicar los intereses de un tercero no hay intención punible*, pues dice: «para que sea justiciable el daño causado en propiedad ajena, es necesario que el acto que le produce tienda al objeto de perjudicar de este modo intereses de un tercero, ó revele el propósito de hacer mal, porque *en otro caso falta el elemento esencial y característico de* TODO *acto punible, ó sea la intención de delinquir*».—Veamos lo que dicen otras sentencias de las citadas. «La buena fe y racional creencia, *no despertada por* ESTÍMULOS DE CONVENIENCIA PARTICULAR NI OTRO INTERÉS DOLOSO [¿egoísta? ¿de movil particular, como la codicia ó la venganza?], *hace desaparecer*, por prueba en contrario, la presunción *juris* de la voluntad y *malicia* del acto ejecutado» (12 de Diciembre de 1878). «El art. 370 del Código exige la omisión *maliciosa*, para lo cual es necesario que se acredite el PROPÓSITO ESPECIALMENTE MALO del juez» (21 de Setiembre de 1882). «El elemento de la voluntad que, según el Código, ha de concurrir en las acciones y omisiones penadas por la ley como delitos ó faltas implica la *malicia* Ó INTENCIÓN DE CAUSAR UN MAL Ó DAÑO» (3 de Julio de 1886). «Al arrojar el procesado un vaso de aguardiente á la cara de N. con el único objeto de despertarlo, si bien ejecutó un acto completamente voluntario [¿intencional? ¿deliberado y á sabiendas?], es indudable que no tuvo PROPÓSITO DE CAUSAR DAÑO ALGUNO y, por consiguiente, que *no medió malicia* en el referido hecho, en el cual, sin embargo, hubo una verdadera imprudencia temeraria» (18 de Octubre de 1886). «Para que un mal cualquiera constitutivo de delito pueda estimarse constitutivo de imprudencia, es indispensable que el hecho determinante del mal no sea por su índole *malicioso*, de manera que no se proponga el agente al realizarlo CAUSAR DAÑO ALGUNO» (5 de Junio de 1891). «El concepto legal de la imprudencia temeraria presupone en el agente la ausencia de *malicia;* y los actos realizados

El dato de la malicia, como característico de las acciones delictuosas por parte de lo que se suele llamar aspecto interno dé las mismas, es, pues, muy vago y variable en la legislación española; y parece que, ni se puede dar un concepto único de él, ni cabe otra cosa, para conocer el sentido con que cada vez se lo emplea, sino examinar en concreto los distintos casos particulares donde interviene.

XVI

OTRAS SIGNIFICACIONES LEGALES DE LA MISMA PALABRA

Aún debemos dar otro paso en esta determinación del concepto de la malicia, según nuestro derecho legislado. Las leyes españolas—apartándose de la significación, más ó menos general, pero siempre intelectualista, que á la malicia hemos venido viendo que hasta ahora le atribuyen, identificándola con una posición de puro pensamiento, ó cuando más de deseo y apetencia, que en todo caso es circunstancial y transitoria en el alma de los delincuentes (igual que pasa con la mala intención), incluso de los reincidentes y habituales—consideran algunas veces que la malicia representa más bien *un estado permanente de inmoralidad subjetiva*, del que han de resultar forzosamente, en razón de su misma permanencia, repetidos actos de inmoralidad externa (infracciones de las leyes ó las costumbres; atentados á las condiciones de la vida colectiva en el círculo social determinado que se llama «el Estado español»; actos socialmente dañosos ó peligrosos), los cuales son otras tantas manifestaciones derivadas, por modo natural é ineludible, de aquel

---

por la recurrente fueron evidentemente maliciosos, por cuanto revelan el MANIFIESTO PROPÓSITO DE DAÑAR» (4 de Julio de 1903). Diré, sin embargo, que del contexto de esta última sentencia (y quizá también del de otras), y del examen del caso á que se refiere, se desprende que en ella la malicia ó «manifiesto propósito de dañar» equivale al dolo indeterminado de que se habló antes. «Para que la omisión dicha [la de autos] fuese delictuosa [no imprudente], sería menester que lo que se dejó de hacer llevara en sí toda la *malicia* que suponen la voluntad y la INTENCIÓN DE CAUSAR EL MAL QUE RESULTÓ» (19 de Noviembre de 1903).

estado. De esta suerte podemos acaso interpretar, sin violencia alguna, todos aquellos artículos de ley, ó sentencias del Tribunal Supremo, en donde se habla (1) del *grado de malicia* del delincuente, de *malicia disminuida*, de *malicia excesiva* (2), ó en que, con otras frases semejantes, se hace alusión á las gradaciones de la malicia. Pues, si ésta es susceptible de medida cuando sea un estado personal interno, constante, en el sujeto donde ella reside—si bien á esa medida acompañará la inseguridad que es característica de todos los estados y fenómenos espirituales análogos—, parece, en cambio, que no consiente graduación cuando se la haga equivalente á voluntariedad intencional, intención de delinquir, etc. En estos casos, no cabe más que, ó la presencia, ó la ausencia de la malicia (de la voluntad de hacer tal ó cual cosa); y por eso, es muy general que los escritores excluyan la posibilidad de que existan grados en el dolo penal: término, este último, con el que suelen significar el denominado elemento interno, «intencional», «voluntario» ó «malicioso» del delito.

En la nueva acepción, á que nos referimos ahora, de la «malicia», ésta supone, al parecer, tanto como «maldad», «perversidad», «crueldad», «perversión», «improbidad», «corrupción», «monstruosidad, fealdad ó desfiguramiento moral», «malas tendencias ó inclinaciones», ya innatas ó ya adquiri-

(1) Como en los citados arts. 2.°, párrafo segundo, del Código común; 10, núm. 3.°, párrafo segundo, de el de la Marina de guerra; 17, circunstancia 4.ª; de la ley de contrabando y defraudación; sentencia de 18 de Febrero de 1876, etc.

(2) Esta frase está empleada en el proyecto de ley del Conde de Torreanaz, sobre suspensión de las condenas á penas leves, fecha 8 de Enero de 1900, cuyo art. 5.° decía así: «Quedan exceptuados de la facultad que se otorga en las reglas anteriores, los delitos comprendidos [en tales y cuales códigos, leyes, títulos, capítulos y artículos], y todos aquellos que, á juicio del tribunal sentenciador, *revelen en el delincuente una malicia excesiva*»: cuyo tipo ó límite de comparación, para saber si lo traspasa ó no el reo, no se halla determinado en parte alguna y quedaría, por lo tanto, encomendado á la conciencia del tribunal, á quien se le concedería una libertad grandísima, que en estas materias se suele considerar siempre muy peligrosa y, por lo mismo, necesitada de fuertes restricciones.

das, pero de todas maneras habituales en el alma del individuo de quien se trate; falta de honradez ó de escrúpulos morales (incluso por debilidad de carácter, ó por carencia de la necesaria inhibición, por abulia, etc.) en toda su conducta, y, por eso mismo, un peligro y una amenaza social, no de un instante ni de un día, sino de todos los momentos.

Siempre que se reconoce la existencia de esta «malicia»—que no coincide, ya se ve, con el libre albedrío, sino que las dos cosas suelen más bien estar hasta en razón inversa (1), y que no es tampoco una voluntad indeterminada y neutra, causa capaz de toda especie de actos electivos, aun los más contradictorios, sino un lastre verdaderamente pesado y de real eficacia, siempre presente al obrar del respectivo agente, y fuerza poderosa é irresistible que le lleva á la acción—, la colectividad social de que forma parte el individuo malicioso («mal inclinado», «malvado», «desprovisto de buenos sentimientos y de escrúpulos morales» ó «encanallado en el vicio») se siente poseída de verdadera alarma y de inevitable desazón y zozobra, que no concluyen mientras la causa de ellas no desaparezca. Imposible le es estar ni mostrarse tranquila, cuando sabe que abriga en su seno personas que solamente haciendo mal están en sus glorias, y de quienes, por lo mismo, sólo acciones malas, á sus ojos, es posible esperar, ó más bien temer. No se tiene entonces reparo alguno en emplear, frente á semejante sujetos, medios de rigor, que sirvan, más

(1) Así únicamente podemos encontrarle explicación (de otro modo difícil ó, mejor dicho, imposible, me parece á mí, dentro del libre albedrío) á la mayoría de las circunstancias agravantes del art. 10 del Código penal común (la 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 10.ª, 11.ª, 12.ª, 13.ª, 17.ª, 18.ª, 20.ª y 23.ª), al que corresponden otros de las leyes especiales (el 15 del Código de la Marina de guerra, v. g.), á las de los arts. 417, 418, 431, núm. 4.º, párrafo segundo, 434, 465 y otros más. Pues el alevoso ó el parricida, supongamos, en cuanto tales y en igualdad de todas las demás condiciones, son más «maliciosos» (más *malos*, más *perversos*, más *crueles*, más *temibles y peligrosos*, pero *no* más libres, sino hasta quizás *menos*) que los homicidas no alevosos ó no parricidas. V. lo dicho antes, pp. 82 y sigs.

bien que para reaccionar contra lo que ya han ejecutado, para atajar sus posibles daños y ataques futuros. Y, por el contrario, como se llegue uno á persuadir—á cuyo efecto sirve excelentemente el estudio de los antecedentes de la persona en cuestión—de que la «malicia» permanente de alguien es escasa, á pesar de que haya podido realizar algún delito ó acto dañoso ó incorrecto, no se juzgará necesario aplicarle pena alguna, ó se creerá que hay bastante con aplicarle sólo una de poca entidad. ¿Qué otra cosa han de querer decir el Código penal común, el de la Marina de guerra y algunas otras leyes, que en varios de sus artículos (poco ha citados) (1) se refieren al *grado de malicia* del reo, á fin de que lo tengan en cuenta los tribunales para acomodar la pena á él: cosa que vale tanto como decir, acomodarla al mayor ó menor peligro que para la convivencia social se calcule que representan tales elementos, y, por lo mismo, á la mayor ó menor desconfianza con que hay que mirarlos y comportarse con ellos (2)? ¿Por qué también son absueltos y perdonados, lo mismo por los tribunales que por el público, á lo menos con gran frecuencia, aquellos delincuentes que se suelen apellidar «pasionales» y «honrados», sino porque, aun sabiéndose bien que han delinquido con voluntad é intención, es decir, con malicia actual, se advierte en ellos la carencia de la otra malicia que hemos denominado

(1) Nota 1 de la p. 218.

(2) No parece que se le pueda dar otra interpretación más que ésta al término «malicia», tal como lo hemos visto empleado en el art. 5.º del proyecto de ley del conde de Torreanaz sobre condena condicional. Tampoco cabe acaso atribuirle ninguna otra cuando lo usa el Marqués de Figueroa en el art. 3.º, circunstancia 3.ª, de su proyecto sobre la misma materia (hoy ya, ley, aunque en esto, como en otras cosas, modificado). Ese artículo decía, en efecto: «Los tribunales acordarán la suspensión de las condenas... siempre que no concurran las circunstancias siguientes: ... 3.ª Que concurran en la ejecución del delito ... circunstancias de agravación ú otros motivos racionales que, á juicio del tribunal, hicieren inaplicable dicha suspensión, atendiendo á la forma de haberse ejecutado el delito y *á la mayor ó menor perversidad del culpable al delinquir y al grado de malicia* con que éste hubiere procedido al ejecutar el hecho punible».

habitual y permanente, y que sin dificultad alguna puede ser equiparada con la perversidad, conforme lo hacen á menudo, no ya solamente los doctos y las personas del vulgo, sino también los propios legisladores?

En efecto, á cada paso se echa de ver en las obras doctrinales—reflejo del pensar común, dentro del que se mueven sin remedio los autores de ellas—que, para fundamentar y graduar la imputabilidad y la punibilidad de los delincuentes, las cuales se dice que tienen su asiento en la voluntad libre y en la mala intención de los agentes respectivos, se acude al dato de la perversidad; y según sea el grado de ésta (como si perversidad, libre albedrío, voluntad libre, mala intención, mala voluntad, etc., significaran lo mismo), así se quiere que sea el grado de las otras. Se nota esta particularidad, sobre todo, cuando se trata de acomodar la pena á los distintos estados ó momentos de la llamada «vida del delito»—delito consumado, frustrado y tentativa de delito; tentativa imposible, conato remoto, tentativa con desistimiento, actos preparatorios, resolución de delinquir, pensamiento de delinquir, propensión, predisposición ó inclinación á delinquir—; ó á la participación de distintas personas en un mismo delito—autores, cómplices, encubridores—; ó á la realización de múltiples delitos por un mismo sujeto—acumulación de delitos, concurso formal, concurso real, delito continuado, repetición de delitos, reiteración, reincidencia—; ó á la intervención de cualesquiera otras circunstancias, especialmente de las llamadas atenuantes y agravantes—provocación, venganza, arrebato y obcecación, parentesco, alevosía, precio, veneno, incendio, ensañamiento, premeditación, abuso de confianza, abuso de superioridad ó de funciones públicas, ignominia, etc.

En el Código penal común no se hace uso nunca—creo que no me equivoco—de la voz «perversidad», como sinónima de malicia permanente (ni de ninguna otra manera); en cambio, la hallamos empleada con este sentido en otras leyes y documentos oficiales: v. g., en el Código de justicia mili-

tar (1); en el de la Marina de guerra (2); en la reciente ley de 31 de Diciembre de 1908 sobre la prisión preventiva de los menores de quince años (3); en circulares y Memorias del fiscal del Tribunal Supremo (4), etc. Esta misma perversidad, fondo

---

(1) Art. 173. «Para la apreciación de las circunstancias atenuantes ó agravantes de los delitos comprendidos en esta ley, obrarán los tribunales según su prudente arbitrio, *tomando en cuenta el grado de perversidad del delincuente* [no el de voluntariedad, libertad ni intención], la trascendencia que haya tenido el delito, el daño producido», etc.

(2) Art. 17, párrafo segundo: «Los tribunales de Marina, en el caso que estimen la apreciación de circunstancias agravantes ó atenuantes, *tendrán en cuenta el grado de perversidad del delincuente*, la trascendencia que haya tenido el delito, el daño producido», etc.

(3) Art. 1.º: «Los menores de quince años ... no sufrirán en establecimientos carcelarios la prisión preventiva, caso de que procediere decretarla ... Quedan exceptuados de esta regla los presuntos culpables ... respecto á los cuales concurran circunstancias que á juicio del juez *revelen especial perversidad ó manifiesta predisposición á la delincuencia*». ¿Se quiere más claro el criterio del peligro ó de la capacidad delictuosa, sustituyendo al de la delincuencia ya manifestada, ó sea al delito actualmente cometido?

(4) Así, en la Memoria elevada al gobierno por el fiscal—que lo era á la sazón el Sr. Ruiz Valarino—en la apertura de tribunales del año 1902, se habla de la *disposición criminal* y del *instinto perverso* de los malhechores; y se habla de ellos, por cierto, como medio para poder distinguir á unos ladrones de otros por razón del mayor ó menor «peligro» social que representan y de la consiguiente mayor ó menor «indignación y aborrecimiento que excitan en los hombres honrados». Con lo que no es ya el delito en sí, en su mayor ó menor gravedad objetiva y según los elementos constitutivos que le tenga señalados la ley, lo que se hace criterio de punibilidad y de penalidad, sino el estado psicológico del delincuente, conocido por diferentes señales, y entre otras, como muy principal, por el delito cometido y por la forma y la ocasión de cometerlo. De esta manera, no obstante que el Código penal distinga el robo del hurto, precisamente porque en el primero la *contrectatio* de la cosa ajena se verifica «con violencia ó intimidación en las personas, ó empleando fuerza en las cosas», lo que no acontece en el segundo, el señor fiscal del Supremo hace una disertación para demostrar, apoyándose en las razones apuntadas, que «la sustracción de objetos del escaparate de una tienda, *mediante la fractura del cristal* de dicho escaparate, que daba á la calle», no es legalmente robo, sino hurto. (V. la Memoria aludida, pp. 121 y sigs.) El mismo señor Ruiz Valarino, en una circular dirigida á sus subordinados con fecha 7 de Enero de 1906, relativa á los ataques contra la integridad de la patria, vuelve á hablar de los *instintos perversos* que se ponen de manifiesto en ciertos delitos y de la « *refinada crueldad*

constante de malicia y, por lo tanto, origen perenne de actos delictivos, mientras no sea borrada ó comprimida, es objeto de mención especial también, aun cuando con distintas expresiones, en otros preceptos legales: como la real orden de 25 de Octubre de 1886 aprobando la Instrucción para el servicio de las cárceles de Audiencia (1); el real decreto de 27 de Mayo de 1901 reorganizando el personal de Prisiones (2); el real decreto de 17 de Junio, también de 1901, por el que se creó en Alcalá de Henares una Escuela central de reforma y corrección penitenciarias para jóvenes delincuentes (3); el real decreto

---

[¿podríamos traducirla por malicia, tal y como la entendemos ahora?] que los engendra». Por cierto, que aquí—conviene notarlo—el fiscal del Supremo, á diferencia de lo que hace en el caso anterior, no quiere que este criterio de la perversidad ó carencia de ella tenga eficacia alguna para perseguir, calificar y penar como más ó menos peligrosos á los autores de los respectivos delitos. No; ahora les dice á los fiscales de los tribunales inferiores, ó sea las Audiencias de lo criminal, que «*yerran los que reservan el fervor de su celo* para aquellos delitos que, por sus efectos inmediatos, por los instintos perversos que ponen de manifiesto ó por la refinada crueldad que los engendra, más vivamente hieren el sentimiento y la imaginación»; y que «para el funcionario fiscal, no puede haber otro norte que el legislador, y todo lo que éste ampara ha de ser amparado y defendido por aquél con religiosa fidelidad é inquebrantable tesón, no siéndole lícito dar entrada en su ánimo á incertidumbres y vacilaciones emanadas de causas que no sean la ley misma». Esta variedad de juicio, tan antitética, se explica bien, sin embargo, teniendo en cuenta que (como procuraré demostrar en otro sitio) el cuadrante de la persecución legal ú oficial de los delitos, y aun el de la definición y clasificación de éstos, varía según lo imponen las necesidades y las presiones momentáneas de la conservación del orden social y de los beneficios cuyo tranquilo goce él asegura á los asociados.

(1) La prescripción general núm. 5 de esta Instrucción manda hacer grupos de los penados, debiendo tener como criterio de clasificación, aparte de otros, la mayor ó menor *perversión moral* de aquéllos.

(2) Entre otras varias cosas de interés, y de las cuales hablamos más adelante, contiene la exposición de motivos de este real decreto la afirmación de que hay «hombres *peligrosos* para sus semejantes y para la tranquilidad social, elementos malsanos para la patria, *propensos siempre* á la realización de hechos criminosos y al fomento del desasosiego y malestar...».

(3) Reconoce este decreto—en su preámbulo—que hay criminales *de natural pervertido y peligroso*, como también jóvenes *de carác-*

de 23 de Marzo de 1907 sobre el Reformatorio de jóvenes delincuentes establecido en Alcalá de Henares (1); el real decreto de 10 de Mayo de 1907 por el que se crea en Vista Alegre una Escuela de reforma y Asilo de corrección paternal de jóvenes (2);—algunas sentencias del Tribunal Supremo (3), y acaso

---

ter indómito, de aviesas inclinaciones, que les hacen incompatibles con la vida de familia y les conviertan en *futuros malhechores*.

(1) En la exposición de motivos de este real decreto, se leen las siguientes significativas palabras: «En los tempranos brotes, manifestaciones primeras del *instinto del mal* [¿perversidad innata?, ¿malicia nativa?], está el *anuncio cierto* [?] de criminosas acciones...». Luego, en la última parte del trabajo, volveremos á hablar de esto.

(2) Donde se habla (exposición de motivos) de «*nocivas* [*¿maliciosas?*] *inclinaciones* de la juventud». El núm. 1.º del reglamento de 25 de Abril de 1905, para el régimen del Asilo de corrección denominado «Toribio Durán» y establecido en Barcelona, dice también: «El Asilo Durán se dedica especialmente á la corrección de adolescentes varones *de índole rebelde, condición depravada, propensos á la delincuencia...*».

(3) Véanse, por ejemplo, las siguientes: «Los tribunales... atemperándose á las reglas generales, dominantes en materia penal, han de propender lógica y racionalmente á estimar dicha circunstancia [la del parentesco] como agravante cuando..., y á no ser que motivos excepcionales... vengan á demostrar en el agente un grado menor [no de libre albedrío, ni de intención ó propósito, sino de] *perversidad*...» (15 de Enero de 1885). «El tribunal, inspirándose en cada caso en la realidad de la vida, puede rectamente apreciar si la circunstancia del parentesco significa mayor *perversidad* é infunde mayor alarma, ó si, por el contrario, supone menos *maldad* y produce menos alarma que si el hecho ocurriera entre extraños» (5 de Abril de 1886 y 24 de Mayo de 1889). «Es de estimar como agravante la circunstancia del parentesco tratándose de lesiones causadas por el marido á la mujer, porque este hecho... revela mayor desconocimiento de los sentimientos de afecto y mayor *perversidad* de corazón en quien lo realiza» (29 de Noviembre de 1889, 30 de Junio de 1894 y 29 de Febrero de 1904). Esto mismo dicen sobre el parentesco otras diferentes sentencias (como la de 25 de Junio de 1892 sobre el parentesco de los hermanos). «La diversión que consiste en maltratar de obra á una persona, imponiéndole verdaderas torturas... presupone indiscutible malicia y deliberada intención [también ahora, como se ve, distintas, sin que pueda saberse qué es malicia *á diferencia* de intención deliberada], á la par que [ó sea además de] *crueldad de sentimientos*» (8 de Noviembre de 1904). ¿Qué oficio desempeñará y qué valor habrá de dársele, en la psicología criminal según nuestras leyes, á esta «crueldad de sentimientos», que obra al lado de la malicia y la intención? ¿Cómo constituirla en base (ó en auxilio, ó en razón de aumento) de la im-

otras disposiciones desconocidas para mí (1), cuando menos por el momento (2).

XVII

SOBRE LA RELATIVIDAD DE LOS CONCEPTOS DE DELITO Y PENA
LA REINCIDENCIA Y SU VALOR

Conforme ya se ha dicho, cuando del problema penal se trata—lo mismo que cuando se trata de otro cualquier linaje de acción ejercida por unos hombres sobre otros, llámese esa acción gobierno, administración, educación, dirección consciente, castigo, reacción de ésta ó de la otra clase—, se encuentran siempre en recíproca contraposición dos almas, que son: la del sujeto que obra de una determinada manera, queriéndose regir por sí mismo y reclamando su independencia para ello; y la de otro sujeto que pretende imponerse al primero,

---

putabilidad desde el punto de vista del libre albedrío y de la consiguiente pena retributiva, compensadora, intimidadora, etc? Igual observación es aplicable á los mentados «instintos perversos», «perversidad de corazón», «maldad», «especial perversidad», «índole depravada», «disposición criminal», «propensión á la delincuencia», «manifiesta predisposición á la delincuencia», «instinto del mal», «inclinaciones nocivas», «desconocimiento [carencia ó debilidad, más bien] de los sentimientos de afecto», etc., de que se ha hecho indicación antes.

(1) En consulta resuelta por la fiscalía del Tribunal Supremo con fecha 13 de Octubre de 1909 (puede verse en la Memoria de apertura de los tribunales en 1910, p. 30) se dice que el espíritu de la ley de 1901 sobre abono del tiempo de prisión preventiva es el de aminorar la concesión de sus beneficios á los delincuentes incorregibles, como pueden serlo los reos de hurto cualificado por la doble reincidencia, á causa de la «*mayor pertinacia y perversidad* de los que lo realizan».

(2) El proyecto de Código penal de 29 de Diciembre de 1884 (de D. Francisco Silvela) hablaba también (en el preámbulo, al tratar de justificar las disposiciones tocantes á la tentativa) de *perversión moral* del agente y de la *intención perversa* del mismo; intención perversa, que no puede hacerse equivalente á intención «consciente», ánimo ó propósito «deliberado», etc., que hemos visto con frecuencia empleados por «elemento interno del delito, fundamento de la imputabilidad».

sometiéndole hasta por la fuerza á las directivas de conducta que él le marque y ahogando la autonomía del propio obrar, por lo menos en ciertas esferas. Todo delito, como toda pena, implica la discordancia de dos almas, ambas las cuales pretenden y desean marchar de acuerdo, pero sin renunciar de buen grado ninguna de las dos á los que cada cual estima constituir los fueros de su privativa personalidad independiente; y por eso la concordia no puede lograrse sino de un modo violento, sobreponiéndose una de las dos almas á la otra, y consiguiendo de tal suerte, á lo menos en un principio (1), una armonía puramente material y forzada, que es la que envuelve siempre toda esclavitud en el instante de ser establecida, y aun en los posteriores, hasta tanto que se haya connaturalizado con los restantes elementos é instituciones sociales con los que tiene que convivir. Claro está que si el delincuente encontrara dispuestas las cosas del mundo exterior en el cual se mueve tal y como á él le parece que debieran estarlo, tendría por ordenada y justa la posición de las mismas, y no haría absolutamente nada por cambiarlas de conforme están. Su orden interno de justicia, su representación mental de cómo han de comportarse entre sí los varios factores constitutivos del orden social, coincidiría con el orden interno de aquella otra mentalidad á cuyos designios responde el orden existente; y entonces, nada le llevaria á poner actos que tiendan á quebrantar ó infringir este orden. Y sí, por su parte, el alma colectiva, lo

---

(1) Digo así porque, con el tiempo, lo que comenzó por realizarse á la fuerza concluye por convertirse en normal, y hasta en agradable. La mera contigüidad y proximidad engendra trato, y del trato se origina una nueva posición estructural de los elementos entre quienes aquél se produce, ó lo que es lo mismo, un cambio de estructura. La simple opresión se torna bien pronto en contacto íntimo y en conexión ineludible. Ninguno de los que al principio eran enemigos irreconciliables sabe ahora ya vivir separado del otro. La acción mecánica, de aproximación material, ejercida de afuera á dentro, llega á revestir, al cabo del tiempo, el carácter de una acción interna, espontánea, que brota y empuja de dentro á fuera.

que se dice opinión pública y conciencia social, así como los representantes oficiales de ella (que es lo que apellidamos leyes, poderes públicos, gobierno, tribunales de justicia, organismos administrativos), reconociesen que la conducta de un miembro de la colectividad social responde á las aspiraciones que dicha alma abriga, la reacción denominada pena, cuyo objeto es, ya se sabe, contrarrestar los impulsos y los actos de quienes contraríen semejantes aspiraciones, no tendría fundamento en qué apoyarse, ni finalidad que perseguir.

La falta de armonía entre las dos almas es la que hace posible el delito. Qué sea éste, cuáles sus elementos y condiciones y los actos que lo constituyan en todos los instantes y circunstancias, independientemente de las apreciaciones subjetivas, no lo sabemos, ni nadie lo sabe en realidad, aunque muchos tengan la ilusión de saberlo. Lo que sí es un hecho positivo es que, obrando todos los hombres, en cuanto tales, teleológicamente, sin poder pasar por otro punto, porque á ello les lleva su condición de inteligentes, cada cual mira y aprecia las cosas y las acciones desde su personal punto de vista y con arreglo á sus aspiraciones, á sus fines y apetencias: considerando que aquéllas están dentro del orden y que son, por lo tanto, justas, cuando se conforman con su subjetivo criterio, y tachándolas de injustas y violadoras del orden en el caso contrario. Es seguro, por consiguiente, que, para cada sujeto que obra, su conducta es, ante su propia conciencia, perfectamente ordenada y ajustada á derecho, aun cuando haya muchos de sus convecinos y semejantes, ó quizá todos, que no la estimen tal.

Inútil parece añadir que, si las múltiples y á menudo encontradas apreciaciones relativas á los actos propios y á los ajenos coexistieran unas al lado de otras, teniendo todas el mismo valor social y no imponiéndose ninguna de ellas á las restantes, la persecución penal sería imposible. Habría recíprocos juicios (como fuera del horizonte legal y oficial los hay ahora mismo en todas partes) sobre el ser y el obrar de cada

miembro asociado, pero sin prevalecer ninguno frente á los otros. Cada individuo ó grupo de individuos con idéntico criterio guardaría éste para sí, no pudiendo ó no creyendo que debía acompañarlo de violencia imperativa que reclamara la obediencia ajena. La discordancia de almas no daría lugar, ni á la existencia de acciones punibles, ni á la existencia de reacción penal contra dichas acciones.

Si el delito y la pena tienen vida, no se debe ello á otra cosa sino á que una conciencia, suficientemente poderosa para salir adelante con su empeño, impide coactivamente que otras conciencias á ella sometidas desplieguen sus actividades libremente y por los procedimientos que mejor les plazca. Delinquir no es hacer ú omitir esto ó lo otro, ejecutar ó dejar de ejecutar determinados actos; es sencillamente desobedecer una imposición ó mandato de persona más fuerte que el desobediente; es, como se dice con suma frecuencia, quebrantar una ley, una regla ó precepto que ha trazado el superior, el soberano, *el poder*, para que se atengan obligatoriamente á ella y se guíen por ella—y no por su propia ley interna, autonómicamente—las conciencias sometidas de los súbditos. Y así resulta que unos mismos actos ú omisiones son justos ó injustos, son delitos, acciones punibles, contrarias al derecho, ó son, al revés, penas, es decir, medios jurídicos con los que se enmiendan los yerros en que los delincuentes incurren y se reparan las dañosas consecuencias de sus delitos, según quien los ejecuta. Privar de la vida, de la integridad corporal, de la libertad personal, del honor, de la propiedad, ejercer coacciones, amenazar, falsificar (v. g., el nombre: art. 346 del Código penal común), arrogarse atribuciones, etc., etc., son, á veces, delitos, y á veces penas ó acciones lícitas: según quien las practique y según las circunstancias en que hayan sido practicadas. Si la individualidad oprimida y sometida á mandatos obligatorios ajenos mata, roba, encarcela, infama, ó de cualquier otro modo perjudica á algún ciudadano, será considerada como delincuente, y se reaccionará contra ella, matándola,

privándola por la fuerza de sus propias cosas muebles ó inmuebles (confiscación, multas, comisos, embargos, responsabilidadad civil ...), encarcelándola ó infamándola (degradación, inhabilitaciones y suspensiones de derechos, interdicción civil ..., sin contar la muerte civil, la picota, la argolla, la marca, los azotes, el emplumamiento, los paseos y distintivos infamantes, con las mil otras formas de estas penas); pero como estas reacciones las lleva á cabo el poder, es decir, una entidad dominadora y sometedora, aquello mismo que antes, mirado por un prisma, era vitando, ahora, mirado por otro prisma, lo considera obligatorio y conforme á justicia la propia conciencia juzgadora, con eficacia bastante para hacer respetables de todo el mundo sus juicios.

Resulta, pues, ineludiblemente, siempre que de delitos y de penas se trata, una lucha de ideales, de aspiraciones, de fines, de conciencias, de almas. El tejido de toda la vida histórica, que es como decir de toda la vida humana, se compone de luchas semejantes en las diferentes esferas, y por lo tanto en la llamada penal, que es una de las más importantes, como que en ella vienen á resumirse las otras. El alma colectiva, que anhela ante todo, como es natural, que las cosas marchen á su gusto, y que cuando así no sucede hace cuanto le es posible por imponerse á los disidentes y rebeldes, trata á estos últimos como enemigos suyos; y por eso los aniquila, cuando no encuentra otro medio más á propósito para lograr su sumisión, ó los adapta forzosamente al género de vida que ella impone como justo, sin hacer el menor caso de las protestas de los interesados. Para la conciencia social, y para su encarnación más típica y visible, la ley y el poder público, son delincuentes, ó bien digamos elementos contra los cuales es preciso estar en guardia y ejercitar en su caso los debidos rigores, todos los individuos ó grupos que á ella le parece bien motejar de tales; y son por la misma declarados delincuentes cuantos observen una conducta irregular, desordenada, injusta, de la que resulte algún perjuicio á los intereses que la ley y las au-

toridades han tomado bajo su custodia (1). Hay orden social, según dicha conciencia, cuando estos intereses se mueven y entrecruzan conforme ella lo manda ó lo consiente. Lo que el alma social persigue es el disfrute tranquilo de las adquisiciones tradicional é históricamente hechas, de lo que se llama patrimonio social; instituciones y elementos imprescindibles del orden, juzgados tales, ya por todos los miembros de la agrupación, ya solamente por una porción de ellos, que son los llamados dominadores (2).

Escudriñando con algún cuidado las condiciones del alma colectiva, que, para sacar á salvo sus finalidades y hacer que prevalezca su concepto del orden, reacciona por medio de las

(1) En posteriores trabajos quedará mejor explicado esto que aquí no hago sino indicar.

(2) No son nunca ó casi nunca los intereses de todos los asociados y el criterio de todos los asociados los que representan y protegen las leyes y los individuos que ejercen de instrumentos de las mismas. Ya se sabe que las mayorías imponen sus resoluciones á las minorías, ahogando la opinión de éstas y declarándola pecaminosa. Lo mismo hacen los partidos, facciones ó clases que consiguen conquistar el poder y usufructuarlo. Hay siempre, en realidad, dentro de todo Estado ó colectividad política y legalmente organizada—y ora lo declaren así, ora no, las leyes—, partidos legales y partidos ilegales; y los primeros, que son los que dirigen y hacen valer su criterio, no consienten como lícitos á los segundos sino los actos (de propaganda, de crítica, de rebeldía, etc.) que bien les parece, que son, por lo regular, aquellos actos en los cuales no ven peligro para los intereses que ellos representan y gozan al amparo de la maquinaria coactiva que lleva el nombre de ley. Tan marcada es la división entre el partido legal y el ilegal, y tan natural se encuentra el hecho de que el primero monopolice el criterio de la justicia y el orden y haga converger todos los resortes de este último para su exclusivo provecho, que á veces se reconoce y se dice, v. g., que dentro de un régimen político monárquico, sólo los monárquicos, los bien avenidos con este régimen, son los que deben gozar de las ventajas que él proporciona, como pasa con los puestos públicos retribuídos; y que, en cambio, los antimonárquicos (ó antidinásticos, ó antirrepublicanos) no son dignos ó capaces de utilizar lo que no se ha hecho para ellos, ni consuena con sus fines ó sus ideales. Se comprende también, de este modo, que algunos escritores, no sin alguna razón acaso, afirmen que las leyes penales, mejor que como medios de defensa para toda la sociedad en que rigen y para los intereses de todos los miembros ó asociados de ella, sirven para defender los intereses de la clase privilegiada, que dispone del poder y que lo usufructúa.

penas contra los que moteja de perturbadores del mismo, nos encontramos, ante todo, con una actitud de predominio arrogante y una decidida tendencia á quitar del medio cuantos estorbos puedan embarazarla en su camino. Ese alma no consiente enemigos á su lado. Enfrente de la misma no les permite ella estar; y, ó se someten por sí propios, de bueno ó de mal grado, ó muy pronto quedarán fuera de combate. No buscan otra cosa las penas. Las cuales se proporcionan al logro de tales fines, según los concibe y los apetece la mentada conciencia.

Pero aquí está lo difícil para ésta. ¿Cómo se consigue lo que queremos? A punto fijo no se sabe. Todo son vacilaciones. tanteos y rectificaciones. Lo que parece bien un día, queda desechado al siguiente. Y con tanto andar y desandar, nos encontramos siempre metidos en el pantano y constreñidos á salir del paso de cualquier manera y como á la buena de Dios. Oscuro es el problema de conocer en qué consista el alma delincuente, pero no lo es menos el de averiguar el comportamiento que debe observarse con relación á ella.

Cuanto más estudio el asunto, más me voy inclinando á la siguiente tesis: lo que los legisladores, en cuanto mandatarios de la conciencia social (1), persiguen con la amenaza y con la imposición de las penas, y lo que, por tanto, quiere en el fondo la conciencia dicha que con éstas se consiga, es mucho menos el castigo de los delitos cometidos, que la evitación y la prevención de otros delitos posibles y que son de temer.

Por de pronto, llama la atención esta circunstancia: siempre que se trata de justificar ó fundamentar la existencia de las penas, nadie deja de alegar como principalísima razón al efecto, y para la gran mayoría de las gentes como la única, la de lo imposible que sería sin ellas la conservación del orden social. Se concibe la posibilidad de abandonar otros resortes

---

(1) Cuya naturaleza y órganos, nadie acaso sabe determinar de una manera concreta y segura.

de prepotencia social y de captación ó esclavitud psíquica de los individuos; en lo que no suele pensar nadie es en que, sin las penas, puedan hacer vida social los hombres. En las penas se ve el más poderoso vínculo de aglutinación colectiva. Por algo es considerado el derecho penal como la expresión del más imprescindible mínimum ético, que es como decir, el guardador de aquellas relaciones mutuas entre los hombres, sin cuya observancia fuera irrealizable la convivencia de los mismos en cada círculo social determinado.

Este es el razonamiento que sirve de base á la concepción intimidativa (defendida de nuevo hoy por autores que pretenden plaza de avanzados), donde la pena tiene por función amedrentar á los individuos inclinados á cometer delitos, más bien que reprimir ó compensar los delitos ya efectuados. Si sobre el autor de éstos es sobre quien la pena recae, en realidad no se le impone la misma por razón de lo hecho, sino para que la impunidad no sirva de aliciente á los propios delincuentes de ahora, ó á otros individuos que sólo por el miedo á ella se abstienen de delinquir. Hay, en tal caso, algo de lo de «ponerse la venda antes de la herida» y de hacer pagar por anticipado á unos las deudas que otros pudieran contraer. La pena no tiene aquí el carácter y sentido de retribución, expiación ó pago que á menudo se le asigna; sino, por el contrario, el de una medida de precaución, con la cual se tiende á impedir la realización efectiva de delitos que se temen como muy posibles. No representa una manera de responsabilidad, ya que ésta siempre mira hacia el pasado y se propone reparar las dañosas consecuencias de acciones personales y pretéritas. *La base* de la pena intimidadora ó ejemplar, como asimismo se la llama, *no* consiste, pues, *en la imputabilidad moral del agente* de un delito; consiste, al contrario, *en la intimidabilidad* ó susceptibilidad de intimidación que se suponga ofrecen los delincuentes de mañana. No se le castiga á uno por sus malas obras; se tiende á atemorizar á los que se sospecha que pudieran practicarlas, si las penas no existiesen. Y así, cuando no haya

ó no hubiese temor de posible delincuencia futura, es decir, cuando se reconozca ó reconociere la inexistencia de individuos propensos á delinquir, ó cuyas tendencias no hallen alientos en la impunidad ajena, la pena no puede tener lugar. Es lo que hace que no se les imponga, ó que fácilmente se indulte, v. g., á los reos llamados pasionales, á los políticos y á todos aquellos en cuya alma se supone anidan escasos ó nulos gérmenes de criminalidad futura, y á quienes, por lo mismo, no se trata de ponerles diques contentivos, porque no los necesitan. Su delito, aun siendo objetivamente grave y originador de grandes trastornos ó grandes perjuicios sociales, queda fácilmente impune; y queda impune sin protesta de nadie, y hasta con el consentimiento y el aplauso expreso de la generalidad de las gentes. Pero, al contrario, cuando el temor aludido existiere, la pena ha de tener aplicación; y por cierto, amoldándola á la importancia del mismo, y no á la del delito objetivo ya realizado: hasta el punto de que, con pequeño ó con ningún delito (mal objetivo exterior), puede darse pena crecida ó grande, si grande fuere la necesidad de producir una saludable coacción psíquica intimidativa. Es lo que ocurre á menudo cuando se trata, supongamos, de extirpar una ó varias formas de criminalidad que hayan llegado á ser endémicas en un país ó en una comarca (los pequeños hurtos de leñas, semillas ó pastos, por ejemplo, ó las contiendas entre bandos locales opuestos, ó ciertas faltas, licencias ó irregularidades habituales); ó cuando, ante la alarma que originan las conspiraciones políticas ú otros actos engendradores de incertidumbre en la seguridad pública ó en el respeto á las llamadas «instituciones fundamentales» de un Estado, se adoptan medidas de rigor extremo, y entre ellas las penas más graves del sistema penal vigente; á reserva, sin embargo, de hacer cesar unas y otras, no bien crea la conciencia colectiva, ó el poder público (que tiene—ó se arroga—su representación), que el peligro ha cesado y que, por consecuencia, los ánimos de los agrupados están de nuevo en posesión de su antigua

tranquila confianza (1). No puede obedecer tampoco á otra causa la penalidad de que se hace uso en todos los casos, á que ya nos hemos referido (2), en los cuales hay represión, á pesar de no haber realmente delito, ni, por lo tanto, responsabilidad posible (3).

Un caso muy claro de que la intimidación preventiva, y no el castigo retributivo equivalente á la responsabilidad, es lo que la conciencia social persigue con las penas, lo tenemos en el tratamiento legal de la reincidencia. La cual no hace mayor el delito, en sí mismo considerado, como una entidad objetiva independiente; pero sí hace mayor la capacidad delictuosa del delincuente, y, por lo tanto, el peligro social que éste envuelve. Así lo dicen explícitamente alguna vez los propios poderes públicos en disposiciones oficiales (4).

---

(1) Esto sucede entre nosotros con relación á los delitos que figuran á la cabeza de todos en el Código penal. Son los que ocupan los primeros títulos del libro segundo, que trata, según es sabido, *de los delitos y sus penas*. Delitos que, así por el lugar en que se hallan, como por las severas penas que generalmente tienen señaladas, parecen, ó los más graves ó de los más graves que en España se conocen. Sin embargo, sobre todo algunos (rebelión, sedición, contra las Cortes, los ministros, la forma de gobierno...), son verdaderos delitos de los que se apellidan políticos, los cuales se suele decir que no son esencial y permanentemente tales delitos, sino delitos artificiales, temporales y locales, de pura creación legislativa. Otro tanto cabe decir de la mayor parte de los delitos á que se refieren la ley de 1.º de Enero de 1900 y la de 23 de Marzo de 1906, llamada «de jurisdicciones».

(2) Véase la nota de las pp. 76-77, y también la de la p. 142.

(3) Así sucede en los casos de tentativa de delito y de delito frustrado, en el disparo de arma de fuego, en la tenencia de útiles para herir ó matar, para falsificar, para robar, etc., en la apología de delitos ó de delincuentes, en la amenaza (simple intención de hacer, no acompañada del correspondiente resultado exterior)..

(4) Por ejemplo, la real orden-circular del Ministerio de Gracia y Justicia, fecha 29 de Enero de 1901, para la inteligencia de la ley sobre abono del tiempo de prisión preventiva, dice que «la reiteración y la reincidencia arguyen *cierto hábito del crimen*». Y el real decreto de 18 de Febrero del mismo año, reorganizando el servicio de identificación judicial antropométrica, considera (en su preámbulo) la reincidencia «como *señal de mayor perversión* en el delincuente». Ahora, el hábito del crimen y la perversión del delincuente no influyen absolutamente nada en la gravedad objetiva del

La reincidencia (que en nuestras leyes antiguas—y en todo tiempo—ha sido el signo más frecuente y seguro de peligro criminal y de propensiones delictuosas, por lo que al reo—incluso de pequeños delitos objetivos—se le solía imponer pena de muerte á la tercera vez que delinquiese), no sólo está considerada en las leyes actuales como una circunstancia agravante genérica (1), con los efectos propios de todas las demás de su clase (arts. 78 y siguientes del Código penal), sino que muchas veces aumenta todavía más la pena á los autores ú otros participantes en los delitos; ó cambia la naturaleza de éstos, exacerbándola siempre; ó se la constituye en base de otras medidas de rigor, ó en fundamento para denegar á los reincidentes ciertos beneficios ó concesiones que se otorgan á los que no reinciden. Merecen ser recordados á este respecto los arts. 176, 358, 392, párrafo segundo, 527, 531 (reformado por la ley de 3 de Enero de 1907), número 5.°, 533, núm. 3.°, 549, 554, 591, núm. 1.° (adicionado por la ley dicha), 606 (reformado por la misma ley), núm. 1.°, 612 (ídem), párrafo segundo, y 615 (ídem), párrafo segundo, del Código penal (2); los arts. 184, párrafo segundo, 204, párrafos

---

crimen mismo, que resulta ser igual cuando lo ejecuta un delincuente primario y cuando lo practica un reincidente. Pero la capacidad delictuosa que uno y otro arguyen no es la misma, pues en igualdad de todas las demás circunstancias, la reincidencia, que «arguye cierto hábito del crimen» y «es señal de mayor perversión», representa una marcada propensión criminal en el alma del sujeto, implica un peligro social mayor y es causa de mayor intranquilidad y alarma que si no existiera, por lo que es preciso tomar más precauciones. Aquí se ve bien claramente confirmado lo que ya hemos hecho notar (pp. 82 y siguientes), y es á saber: que las circunstancias agravantes que nuestras leyes admiten, cuando significan algo, no presuponen mayor responsabilidad, sino que presuponen cabalmente menos, por suponer mermado, ya que no excluído del todo, el libre albedrío y, por lo tanto, la que se dice ser la base de la imputabilidad y la responsabilidad. Lo que sí significan dichas circunstancias es mayor potencia criminal, que no es, ni con mucho, lo mismo.

(1) Art. 10, circunstancias 17 y 18 del Cód. pen.; art. 15, circunstancias 15 y 16 del de la Marina de guerra; art. 18, circunstancia 11 de la ley sobre contrabando y defraudación.

(2) Art. 176. «Las penas señaladas en los artículos 168 y siguientes hasta el 175 [tratan de los delitos contra las Cortes] se impon-

cuarto, quinto y sexto, 287, 288, 300, núms. 3.° y 4.°, 307, 308, 309, 329, núm. 5.°, 336, 337 y 339 del Código de justicia

---

drán *en su grado máximo cuando los reos fueren reincidentes*». Art. 358. «Los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite ó azar serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas; y *en caso de reincidencia*, con las de *arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y doble multa*. Los jugadores que concurriesen á las casas referidas, con las de arresto mayor en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas. *En caso de reincidencia*, con las de *arresto mayor en su grado medio y doble multa*». Art. 392. «El eclesiástico... será castigado con la pena de inhabilitación temporal especial. *La reincidencia* se castigará con la de *inhabilitación perpetua especial*». Art. 527. «El robo de que se trata en los artículos 524, 525 y 526 se castigará *con la pena inmediatamente superior si el culpable fuere dos ó más veces reincidente*». Art. 531. «Los reos de hurto serán castigados...: 5.° Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio si no excediere [el valor de la cosa hurtada] de 10 [pesetas] y *el culpable hubiese sido condenado anteriormente por delitos de robo ó hurto, ó dos veces en juicio por falta de hurto*». Como el hurto simple por valor inferior á 10 [y á veces á 20] pesetas no constituye hoy entre nosotros delito, sino falta, al revés de lo que sucedía antes de la mentada ley de 3 de Enero de 1907, resulta que *la reincidencia, incluso en simples faltas, tiene la virtud*, no sólo de aumentar la penalidad, sino *hasta de cambiar la naturaleza de los hechos punibles*. Art. 533. «El hurto se castigará *con las penas inmediatamente superiores en grado* á las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores...: 3.° *Si fuere* [el reo] *dos ó más veces reincidente*». Art. 549. «Los delitos expresados en los números anteriores [delitos de estafa y otros engaños] serán castigados *con las penas inmediatamente superiores en un grado, si los culpables fueren dos ó más veces reincidentes en el mismo ó semejante especie de delito*». Art. 554. «El que defraudare ó perjudicare á otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección será castigado con una multa del tanto al duplo del perjuicio que irrogare; y *en caso de reincidencia, con la del duplo y arresto mayor en su grado medio al máximo*». Art. 591. «Serán castigados con la pena de 5 á 125 pesetas de multa: 1.° Los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija. *Los reincidentes serán condenados además de la multa á la pena de arresto menor de uno á diez días*». Artículo 606. «Serán castigados con arresto menor: 1.° Los que... cometieren hurto por valor menor de 10 pesetas, *si el culpable no hubiere sido condenado anteriormente por delitos de robo ó hurto, ó dos veces en juicio por falta de hurto*». Art. 612, párrafo segundo: «*La tercera infracción* cometida en el espacio de treinta días [por el dueño de ganados que los introdujere de propósito en heredad ajena] *será juzgada y penada como hurto ó daño comprendido en el libro segundo* [del Código]»; es decir, como un verdadero delito,

militar (1); los arts. 42, párrafo segundo, 170, 194, 218, 221, 226, núm. 2.º, 240 y siguientes, 318 y 324 de el de la Marina

---

cuando, en general, la ley lo estima como falta. A lo dispuesto en este artículo, lo mismo que á lo dispuesto en el núm. 1.º del 606, es aplicable la observación que dejamos hecha cuando hablamos del 531, núm. 5.º Art. 615. «Los que infringieren los reglamentos ó bandos de buen gobierno sobre quema de rastrojos ú otros productos forestales serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas. *Si hubieran sido corregidos antes gubernativa ó judicialmente por falta semejante ó por infracciones* [*¿delitos ó faltas?*] *de igual especie, incurrirán* ADEMÁS *en la pena de arresto menor*».

(1) Art. 184. «Los tribunales harán en las sentencias abono de la mitad del tiempo de la prisión sufrida por los reos durante la sustanciación de la causa... *No disfrutarán de este beneficio los reincidentes*...». Art. 204. «Las penas canónicas... producirán los siguientes efectos: La suspensión y el entredicho, impuestas por menor tiempo de un año, la suspensión de empleo *ó la separación del servicio en caso de reincidencia*. La irregularidad proveniente de delito, la suspensión de empleo, á no ser que el capellán que hubiere incurrido en ella se encuentre sufriendo una pena canónica, *en cuyo caso será considerada como reincidencia para los efectos de los párrafos anteriores. Tres expedientes* canónicos, gubernativos ó judiciales, terminados por auto ó sentencia condenatoria, *la separación del servicio*». Art. 287. «El desertor *de segunda vez*... será condenado...». Art. 288. «El desertor al extranjero será castigado: 1.º Si deserta *por primera vez*, con... dos años de prisión... 2.º Si deserta *por segunda vez*, con la pena de *seis años y un día* de prisión...». Art. 300. «Incurrirá en la pena de *separación del servicio* el oficial:... 3.º Que *por segunda vez* asista á manifestaciones políticas, ó *por segunda vez* también acuda á la prensa... 4.º Que *por segunda vez* contraiga deudas...» Art. 307. «El oficial que cometa *por cuarta vez* falta grave que haya de ser juzgada como delito, con arreglo á lo prevenido en el art. 359, será castigado con la pena de *separación del servicio*». Art. 308. «El individuo de las clases de tropa que cometa *por cuarta vez* falta grave comprendida en el artículo anterior incurrirá en la pena de prisión militar correccional». Art. 309. «El individuo de las clases de tropa que habiendo sido destinado, por faltas, á un cuerpo de disciplina *reincida* en cualquiera de las que pueden originar aquel castigo, sufrirá la pena de prisión correccional...». En todos estos casos, la reincidencia *en faltas* convierte á las mismas *en delitos*. Art. 329. «Será castigado con arresto militar ó suspensión de empleo [como autor de falta grave]:... 5.º El oficial que contraiga por primera vez deudas con individuos de las clases de tropa, ó incurra *por tercera vez* en faltas de embriaguez, de asistir á juegos prohibidos ó de contraer deudas sin necesidad justificada». Art. 336. «El oficial que cometa faltas de embriaguez, de asistir á juegos prohibidos ó de contraer deudas sin necesidad justificada sufrirá *por la primera vez reprensión, y por la segunda dos meses de arresto*». (A la tercera vez, esta falta, que es leve, se convierte en grave, se-

de guerra (1); los arts. 20 y 38, núms. 2.°, 4.° y 5.°, de la ley

---

gún el núm. 5.° del art. 329 que acabamos de reproducir.) Art. 337. «El individuo de las clases de tropa que pernocte por primera vez fuera del cuartel será castigado con un mes de arresto y con *dos meses la segunda*». Art. 339. «El militar que *por cuarta vez* comete falta leve castigada con arresto será juzgado *como culpable de falta grave*, imponiéndosele seis meses de aquel correctivo en todos los casos en que incurra en la cuarta, salvo cuando la segunda ó la tercera constituyan por sí solas falta grave ó delito. *La segunda y tercera falta grave*, no castigadas como tales expresamente en esta ley, serán corregidas *con una agravación* prudencial del castigo impuesto á la anterior».

(1) Art. 42. «Cuando los tribunales de Marina impongan penas de privación de libertad con arreglo á este Código, harán en las sentencias abono de la mitad del tiempo de la prisión preventiva sufrida por los reos... *No se harán dichos abonos cuando los reos fueren reincidentes* ó hubieren sido condenados por cualquier otro delito á una pena igual ó superior...». Art. 170. «El oficial *reincidente* en el delito de abandono de servicio incurrirá en la pena de suspensión ó pérdida de empleo ó grado [mayor de la que corresponde á los no reincidentes]...». Art. 194. El oficial que, habiendo sufrido *tres* correcciones gubernativas por negligencia en el cumplimiento de sus deberes, incurriere en nueva falta de esta naturaleza será condenado [como autor de un delito] á suspensión de empleo ó grado. El que después de penado con arreglo á este artículo incurriere en nueva falta de la misma naturaleza será condenado [¿no por malo, sino por inútil ó peligroso?] á separación del servicio». Art. 218. «El desertor *de segunda vez* sin ninguna circunstancia [agravante] de las expresadas en el art. 215... sufrirá la pena...» (las penas que este artículo impone son mucho más graves que las señaladas—en el art. 216—á los desertores por primera vez). Art. 221. «El desertor *de segunda vez* con alguna circunstancia de las designadas en el art. 215... sufrirá la pena...» (mayor aún que en los casos análogos del art. 218). Art. 226. «Los guardias marinas y alumnos del cuerpo administrativo que consumaren deserción... sufrirán la pena: 1.° De seis meses de recargo de servicio en su clase por la primera vez. 2.° De *separación del servicio por la segunda vez*». Art. 240. «El oficial que, habiendo sido castigado *tres veces gubernativamente por faltas* de embriaguez, de asistir á juegos prohibidos ó de contraer deudas sin necesidad justificada, incurriera *de nuevo* en cualquiera de ellas será castigado con la pena de *separación del servicio*» (señalada para los delitos—no para las faltas—por los arts. 34 y 35). Art. 241. «El individuo de las clases de marinería ó tropa que hubiere sido castigado *tres veces por faltas* de las expresadas en el artículo anterior, ó por [otras varias]..., é incurriese *nuevamente* en cualquiera de dichas faltas, será castigado [como reo de delito] con la pena de dos años de servicio disciplinario ó tres años de recargo en el servicio». Art. 242. «El individuo de las clases de marinería ó tropa que, constando en su hoja de servicio ó libreta *tres condenas dispuestas por consejo de disci-*

de contrabando y defraudación (1); los arts. 19, párrafo tercero, 33, párrafo segundo, 48, 50, párrafos segundo, tercero y cuarto, 51 y 52, párrafos primero y tercero, de la ley de caza (2), y el 75, párrafo segundo, del correspondiente regla-

---

plina, ó *seis correcciones gubernativas por faltas* de la misma ó de distintas clases, incurriere en *nueva falta*, será condenado á la pena de dos años de servicio disciplinario ó tres años de recargo en el servicio». Análogas disposiciones contienen, con relación á los individuos de las clases asimiladas á marinería ó tropa y á los guardias marinas ó alumnos del cuerpo administrativo, los arts. 243 y 244. Art. 246. «El oficial que contrajere deudas con individuos de las clases de marinería ó tropa, ó asimilados á estas clases, será castigado, por primera vez, con la pena de suspensión de empleo ó grado, y *por la segunda, con la separación del servicio*». Artículo 247. «El marino que, no siendo senador ó diputado, tomase parte en manifestaciones políticas será castigado: si es oficial, con la pena de dos meses y un día á un año de suspensión de empleo ó grado por la primera vez, y *por la segunda*, con la de separación del servicio. Siendo individuo de las clases de marinería ó tropa en servicio activo, con la de dos años de servicio disciplinario ó tres de recargo en el servicio por la primera vez; *y por la segunda*, de seis meses y un día á seis años de prisión militar menor». Art. 318. «El marino que con actos propios del ejercicio de su profesión, ó con omisiones que acusen impericia, sin llegar á constituir delito, demostrase falta de suficiencia [¿será también esto una base para la imputabilidad?] sufrirá la pena: 1.° De quince á treinta días de arresto militar por la primera vez. 2.° De quince á treinta días de arresto militar ó pérdida de plaza ó clase *por la segunda vez*. 3.° De pérdida de plaza ó clase *por la tercera vez*». Art. 324. «El que *por tres veces* en el plazo de un mes causare pérdidas culpables ó daño en buque... será condenado...».

(1) Art. 20. «No obstante la exención de responsabilidad declarada en el artículo anterior [que equivale al art. 11 del Código penal común] respecto á los encubridores de faltas de contrabando ó defraudación, aquélla no alcanzará á los que resultare que *con anterioridad* hubieren sido encubridores de otro hecho constitutivo de delito ó falta.» Art. 38. «*Además* de la referida pena de multa, se aplicará, en los casos siguientes, la de prisión correccional... 2.° A los reos de delito de contrabando, cuando concurra la circunstancia de *habitualidad*, entendiéndose que esta existe *cuando hayan sido castigados tres veces* por delito de la misma clase... 4.° A los mismos reos, cuando concurra la agravante de *reincidencia*» ... 5.° A los reos de faltas de contrabando, cuando, con arreglo al art. 15, haya de reputarse el hecho *como delito, por concurrir la circunstancia de habitualidad*».

(2) Art. 19, párrafo tercero: *Además* de las resultas del juicio, los infractores de este artículo pagarán una multa de 25 pesetas por la primera denuncia, *50 por la segunda* y *75 por las sucesivas*». Art. 33, párrafo segundo: «Los dueños ó arrendatarios, infractores

mento, que lleva fecha 3 de Julio de 1903 (1); el art. 52 de la ley de pesca fluvial de 27 de Diciembre de 1907 (2); el 183 de

---

de este artículo, pagarán, además del daño que las palomas hubieran causado, 100 pesetas de multa la primera vez, y 200 *cada una de las sucesivas*». Art. 48. «En todo caso, el infractor será condenado á la indemnización del daño..., á la pérdida de la caza y á una multa, que por primera vez será de 5 á 25 pesetas, *por la segunda de 25 á 50 y por la tercera de 50 á 100.*» Art. 50. «El que entrando en propiedad ajena... se le coja ó se le encuentre con ardides para aprisionar ó matar la caza, aun cuando no haya logrado su objeto, será responsable de delito y castigado con las penas de arresto mayor en sus grados mínimo y medio, según las circunstancias del caso. *Si fuere dos ó más veces reincidente*, la pena será *la inmediatamente superior en grado á la señalada en el párrafo anterior, ó sea arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo.* El cazador ó cazadores que ... será castigado cada cazador con una multa de 50 pesetas la primera vez, y de 100 pesetas por la *segunda* ... *La tercera vez constituirá delito, y se castigará al reincidente con arresto mayor en su grado mínimo y medio*». También aquí, *la reincidencia en las faltas* (artículo 45 de la misma ley) *las convierte en delitos.* Art. 51. «El que destruya los viveros, los nidos de perdices y los demás de caza menor será condenado en juicio de faltas á pagar la multa de 25 á 50 pesetas por la primera vez, *50 á 100 por la segunda* y *100 á 200 por la tercera.* El que en tiempo de veda destruya los nidos de las aves útiles á la agricultura será castigado, la primera vez con una multa de 50 pesetas, *la segunda de 100* y *la tercera de 200. El reincidente por dos ó más veces será penado con arreglo al artículo 52*». Conviene notar de pasada que las faltas en estos casos de reincidencia pueden llegar á tener pena que el Código penal *no consiente sino para los delitos*, pues según dicho Código (art. 6.º), «son faltas las infracciones á que la ley señala *penas leves*», y «la multa (art. 27) ... se reputará pena leve *si no llegare á 125 pesetas*». Art. 52. «El que, después de haber sido castigado *tres veces* por infracciones de esta ley constitutivas de faltas, cometiere otra ó más *será considerado como reo de delito y penado con arresto mayor en su grado mínimo*... Al que *por dos veces* sea castigado como infractor de la ley de caza, *no se le concederá licencia para cazar y se le retirará la que se le haya concedido*».

(1) Art. 75, párrafo segundo: «El dueño ó arrendatario del vedado de caza que cazase con reclamo de perdiz á menor distancia de la anteriormente señalada [mil metros de las tierras colindantes] incurrirá, por la primera vez, en la multa de 100 pesetas; *por la segunda, en la de 500, y por la tercera y sucesivas, en la de 1 000*».

(2) Art. 52. «El que pescase sin licencia, ó en tiempo, sitio ó con artefactos prohibidos ... será castigado, como autor de falta, con una multa que no baje de 5 ni exceda de 50 pesetas por la primera vez, *de 50 á 100 la segunda* y *de 100 á 200 la tercera*. . . *En el caso de nueva reincidencia*, se le aplicarán, *como autor de delito*, los artículos 530 y siguientes del Código penal.»

la ley municipal de 2 de Octubre de 1877 (1); el 24 de la ley de policía de los ferrocarriles (2); los arts. 74, párrafo segundo, y 84, apartado tercero, de la ley electoral (3); el art. 5.° de la ley sobre préstamos usurarios (4); los 135 y 136 de la ley de propiedad industrial (5); el 5.° de la ley de 3 de Marzo de 1904 sobre el descanso dominical (6), y el 24 del correspondiente reglamento para su aplicación, fecha 19 de Abril de 1905 (7);

(1) Art. 183. «Procede la amonestación [de los alcaldes ó concejales de los ayuntamientos] en los casos de error, omisión ó negligencia leves, no mediando reincidencia ... Procede el apercibimiento [pena administrativa más grave que la amonestación] *en los casos de reincidencia* en falta reprendida . Procede la multa [más grave aún que las anteriores] .. *en los casos de reincidencia* en faltas castigadas con apercibimiento ... ».

(2) Art. 24. «Los contraventores á las disposiciones ... serán castigados con multa de 15 á 150 pesetas ... *En caso de reincidencia*, la multa será de 30 á 300 pesetas».

(3) Art. 74, párrafo segundo: «*En caso de reincidencia* por delitos de esta especie [delitos electorales], la inhabilitación correspondiente á los funcionarios será absoluta perpetua ...». Art. 84, apartado tercero: «*En caso de reincidencia, además de las penas anteriores*, el elector quedará inhabilitado ... para aspirar á cargos públicos ... ».

(4) Art. 5.° «A todo prestamista á quien, conforme á los preceptos de esta ley, se le anulen *tres ó más* contratos de préstamos... se le impondrá como corrección disciplinaria [?!] una multa de 500 á 5.000 pesetas, según la gravedad del abuso y *el grado* [?] *de reincidencia* del prestamista».

(5) Art 135. «La usurpación de patente será castigada con multa de 200 á 2.000 pesetas. *En caso de reincidencia, la multa será de 2 001 á 4 000 pesetas*. La complicidad en la usurpación será castigada con una multa de 50 á 200 pesetas. *En caso de reincidencia, con la multa de 201 á 2.000 pesetas*. Los encubridores serán castigados con una multa de 25 á 125 pesetas. *En caso de reincidencia, la multa será de 50 á 200*». Art. 136. «Serán castigados con una multa de 25 á 125 pesetas: 1.° ... 2.° ... 3.° ... 4.° ... *Los reincidentes*, entendiéndose que lo son los que hayan sufrido castigo por la misma *falta* dentro de los cinco últimos años, serán castigados con multa *de 125 á 250 pesetas*».

(6) Art. 5.° «Las infracciones de esta ley ... serán castigadas ... *La primera reincidencia* dentro del plazo de un año se castigará con reprensión pública y multa de 250 pesetas; *las ulteriores reincidencias*, dentro de dicho plazo, con multa que podrá ascender hasta el duplo de los jornales devengados contra ley.»

(7) Art. 24. Repite el 5.° de la ley y añade: «El que trabaje por cuenta propia y con publicidad será castigado con multa de una á 25 pesetas, y *con la de 50 en caso de reincidencia*».

el 7.º de la ley de cables submarinos (1); el 7.º de la ley de 1896 sobre protección á los pájaros (2); el 21 de la ley de orden público (3); el 20 de la ley de presupuestos de 1892 (4); el 4.º de la ley sobre la mendicidad de los menores (5); el 12 de la ley de protección á la infancia (6); los 220, 221 y 233 de la ley del timbre del Estado, de 1.º de Enero de 1906 (7), y los

---

(1) Art. 7.º, *in fine:* «Si el delincuente fuere *reincidente por segunda vez, se considerará que obra maliciosamente*, sin admitir prueba en contrario».

(2) Art. 7.º «El que destruya los nidos de pájaros... será castigado: por primera vez, de 2 á 5 pesetas; *por segunda vez, de 5 á 10 pesetas; por tercera vez, de 10 á 20 pesetas. El que delinquiere por cuarta vez será considerado como reo de daño* y entregado á los tribunales». La ley de caza y uso de armas de 10 de Enero de 1879 también disponía lo siguiente: art. 51. «Toda persona que destruya los nidos de perdices y los demás de caza menor será condenada en juicio de faltas á pagar de 5 á 10 pesetas por primera vez; *de 10 á 20 la segunda, y de 20 á 40 la tercera.* El que en tiempo de veda destruya los nidos de las aves que el reglamento especial considera útiles á la agricultura será castigado la primera vez con una multa de 1 á 5 pesetas; *la segunda, de 5 á 10 y la tercera, de 10 á 20*». Art. 52. «El que *por más de tercera vez* infrinja las disposiciones de esta ley *será considerado reo de daño* y entregado á los tribunales para que como tal se le juzgue».

(3) Art. 21. «Los rebeldes o sediciosos y perturbadores que depongan toda actitud hostil y presten obediencia á la autoridad legítima en el plazo que el bando fije... quedarán exentos de pena, excepto los autores ó jefes de la rebelión, sedición ó desorden y *los reincidentes* en estos delitos. Los autores y jefes referidos serán indultados.. *Los reincidentes quedarán sujetos á la vigilancia de la autoridad* [pena que el vigente Código ha abolido] *por el hecho de serlo*».

(4) Art. 20. «Toda defraudación contra el impuesto de consumos... cuando se cometa *por segunda vez...* será penada como tal defraudación por los tribunales ordinarios, con sujeción al último inciso del art. 554 del Código penal».

(5) Art. 4.º «Cuando los padres ó tutores sean castigados *por tercera vez* con arreglo á los arts. 1.º y 2.º, ó *dos veces* con sujeción al art. 3.º, ó por virtud de aquéllos y de éste, *la condena llevará consigo la suspensión del derecho de los padres ó tutores á la guarda y educación de los menores...*»

(6) Art. 12. «Las faltas en el cumplimiento de las prescripciones de esta ley serán castigadas con multas de 10 á 100 pesetas, *según la reincidencia...*»

(7) Art. 220. «Toda falta ú omisión en el uso del timbre... será... castigada ó corregida con la multa, por la primera vez, del duplo; *por la segunda vez, del quintuplo; y cuando pase de dos veces,*

233 y 234 del reglamento de 26 de Abril de 1909, dictado para la aplicación de esta ley (1); el 16 del real decreto de 1876 sobre uso de armas (2); el 105 del reglamento de 4 de Enero de 1907, dictado para la ejecución de la ley de pesas y medidas de 8 de Julio de 1892 (3); el 8.°, párrafo sexto, del real decreto sobre montes (4); el 229 del reglamento de policía minera, fecha 8 de Enero de 1910 (5); el 205 de la instrucción general de sanidad, de 12 de Enero de 1904 (6); el 222 del re-

---

con el décuplo de la cantidad que hubiese sido defraudada». Artículo 221. «La omisión de los timbres especiales móviles... se corregirá con una multa, por la primera vez, de dos pesetas; *por la segunda vez, con el quíntuplo* de dicha multa, y *pasando de dos veces, con el décuplo*». Art. 233. «El ministro de Hacienda podrá condonar las multas impuestas por infracciones de la ley del timbre, cometidas *por primera vez... Las multas que se impongan á defraudadores reincidentes... no podrán ser en ningún caso condonadas*».

(1) Art. 233. «Los interesados ó corporaciones á quienes se imponga una multa sólo podrán solicitar la condonación... *en el caso de no ser reincidentes...*» Art. 234. «Serán considerados como defraudadores reincidentes, á los efectos del art. 233 de la ley, los que *por segunda ó más veces*, dentro del tiempo máximo de un año, sean declarados reponsables por faltas...».

(2) Art. 16, *in fine*: «*Los que reincidan* en las faltas que señala el art. 15 [uso de armas, caza ó pesca sin licencia ó en condiciones prohibidas] serán considerados... como defraudadores á la Hacienda.. ó como infractores de las ordenanzas de caza y pesca y *sometidos*, por consecuencia, *á los tribunales ordinarios*».

(3) Art. 105. «Los fieles contrastes... serán castigados con la multa de 50 á 125 pesetas; *si reincidieran, con la de 250 y suspensión del cargo por seis meses; y en caso de reincidencia, serán separados de sus destinos, sin perjuicio de las penas que puedan imponerles los tribunales...*»

(4) Art. 8.° «El dueño de ganados que entraren en los montes públicos... será castigado [con multas diferentes, según los casos]... Si el monte estuviere declarado talar, ó tuviere menos de diez años, *en caso de reincidencia...* se impondrán siempre las multas *en su grado máximo*».

(5) Art. 229. Establece diferentes multas en concepto de penalidades administrativas, y concluye así: «*En caso de reincidencia*, las multas serán *dobles* de las consignadas».

(6) Art. 205. «Para la aplicación del artículo anterior [que castiga las infracciones graves y las leves de sanidad con diferentes sanciones], *se tendrá en cuenta si hay reincidencia;* y si el infractor fuere funcionario de sanidad, *será destituído á la tercera falta* grave que cometiere contra las leyes sanitarias».

glamento de sanidad exterior (1); el 57 del reglamento de 23 de Setiembre de 1908 sobre las casas de préstamos (2); el número 7.º de la real orden de 16 de Marzo de 1909 sobre los cafés cantantes (3); el núm. 10 de la real orden de 17 del mismo mes y año sobre fondas, posadas, etc. (4); el art. 12 de la ley de 23 de Marzo de 1906, llamada «de judisdicciones» (5); el

---

(1) Art. 224. Impone multas también por ciertas contravenciones, y añade: «Si la falta tuviera trascendencia para la salud pública, la multa se elevará al triplo, y *en caso de reincidencia, al quíntuplo*».

(2) Art. 57. «*Se impondrá siempre el máximum de la multa correspondiente en caso de reincidencia;* y si la entendiere calificada el gobernador, *pasará el tanto de culpa á los tribunales* á los efectos del art. 559 del Código penal. Cuando los establecimientos *reiteradamente* infringieran las disposiciones de este reglamento y no bastaren á evitarlo las correcciones señaladas en los artículos anteriores, el gobernador civil decretará *la clausura* temporal de aquéllos *para nuevas operaciones* . ».

(3) Dice así el número citado: «Que las autoridades administrativas corrijan las inf acciones de las reglas anteriores con multa de 50 pesetas por cada una de ellas la primera vez; *de 125 pesetas por la segunda infracción, y de 250 á 500 pesetas por la doble reincidencia*, decretando *la clausura del establecimiento* siempre que se hubieren impuesto *tres* correcciones durante el año al dueño ó empresario...».

(4) Núm. 10. «Los que infringieren las anteriores prescripciones incurrirán en la multa de 25 pesetas la primera vez; *de 125 la segunda, y de 250 á 500 por cada una de las siguientes*, debiendo darse cuenta *además* á los tribunales, por [delito de] desobediencia, en todo caso de *doble reincidencia. No se expedirán autorizaciones*, ó serán anuladas las concedidas, para dedicarse á la industria del hospedaje, al servicio de viajeros y al trasporte de equipajes ó mercancías, á quienes tuvieren ó resultaren *con antecedentes oficiales de haber sufrido condena por robo, hurto ó estafa*».

(5) Art. 12. «Cuando se hubieren dictado *tres autos de procesamiento* por delitos de los definidos en esta ley y cometidos por medio de la imprenta, el grabado ó cualquiera otra forma de publicación, ó en asociaciones, por medio de discursos ó emblemas, podrá la Sala segunda del Tribunal Supremo... decretar *la suspensión de las publicaciones ó asociaciones* por un plazo menor de sesenta días... Si se hubieren dictado *tres condenas* por los expresados delitos, cometidos en una misma asociación ó publicación, la propia Sala segunda del Tribunal Supremo... podrá decretar *la disolución ó la supresión*, respectivamente, de aquéllas». El art. 5.º de la ley de 1.º de Enero de 1900, reformando algunos artículos del Código de justicia militar y de otros cuerpos legales dispone también la posible *supresión* de las publicaciones periódicas que hubieren sido objeto de *dos condenas sucesivas* por causa de ciertos delitos (ata-

artículo 2.°, núm. 3.° de la ley de indulto (1); el 2.°, condición primera, de la ley de 17 de Marzo de 1908 sobre la condena condicional (2); el 3.° de la ley de 17 de Enero de 1901, relativa al abono del tiempo de prisión preventiva á los sentenciados á penas de privación de libertad (3); los arts. 1.° y 4.° de la ley de 31 de Diciembre de 1908 sobre prisión preventiva de los menores de quince años (4); el art 11, núme-

---

ques á la integridad de la nación española), y la *disolución* de las comisiones ó corporaciones en cuyo seno se hubiesen cometido dichos delitos *por dos veces* en espacio menor de dos años. Bien claro se ve aquí, lo mismo que en multitud de los demás casos ya citados, que la ley, ó, lo que es igual, la conciencia colectiva en cuyo nombre obra, se preocupa de los posibles futuros daños, para prevenir los cuales toma sus medidas. A los delitos ya efectuados no atiende, en cuanto tales delitos con valor propio, sino únicamente en cuanto síntomas de que existe una fuente permanente de criminalidad, una capacidad delictuosa, contra la cual hay que adoptar precauciones.

(1) Art. 2.° «Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior [la concesión facultativa del indulto]:... 3.° *Los reincidentes* en el mismo ó en otro cualquiera delito...»

(2) Art. 2.° «Serán *condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena*: 1.ª Que el reo haya delinquido *por primera vez*».

(3) Dice así el citado art. 3.° «Lo prevenido en el párrafo segundo del artículo primero de esta ley [ó sea que á los condenados á penas aflictivas *sólo* se les abone *la mitad* del tiempo que hubieren estado preventivamente presos, *en vez* de servirles de abono *el total* de dicho tiempo, como sucede con los demás condenados] se aplicará, *cualquiera que sea la pena que se les imponga* [es decir, *aunque no se trate de una pena aflictiva*]: 1.° *A los reincidentes.* 2.° A los que *con anterioridad* hubieren sido condenados ejecutoriamente *á pena igual ó superior á la que nuevamente se les imponga*, á no ser que una ú otra de las dos penas aplicadas lo haya sido por causa de imprudencia...» Véase la real orden de 29 de Enero de 1901, dictada para dar reglas sobre la aplicación de la anterior ley, y parte de cuya doctrina se ha citado ya antes con otro motivo.

(4) «Los menores de quince años—dice el art. 1.°—contra quien se dicte auto de procesamiento no sufrirán la prisión preventiva en las condiciones establecidas para los demás procesados... *Dejará de aplicarse dicha regla en los casos de reincidencia y reiteración*». Art. 4.° «El tiempo que el menor de quince años hubiere permanecido preventivamente detenido ó preso en la cárcel ó en un establecimiento de los mencionados en el art. 2.° se le abonará para el cumplimiento de la condena que se le impusiere, con sujeción á las reglas que contiene la ley de 17 de Enero de 1901, *si bien se en-*

ro 2.º, del real decreto de 3 de Junio de 1901 sobre el cumplimiento de condenas con sujeción al sistema progresivo irlandés (1); el art. 13, párrafo tercero, del real decreto de 17 del mismo mes y año, creando una Escuela central de reforma y corrección para jóvenes delincuentes (2); el artículo 3.º, números 1.º y 2.º, del real decreto de 8 de Agosto de 1903 sobre tratamiento de jóvenes delincuentes (3); el artículo 1.º, condición tercera, *a*), del real decreto de 23 de Marzo de 1907, so-

---

tenderá que, en el caso del párrafo segundo del art. 1.º de dicha ley *y en los que enumera el art 3.º de la misma, le serán de abono* [solamente] *las dos terceras partes del tiempo de encierro ó prisión preventiva...*».

(1) Art. 11. El sistema de clasificación obedecerá á los principios siguientes:... 2.º *Separación* de los penados por primera vez, *de los que sean reincidentes*, comprendiéndose en el concepto de reincidencia, para los efectos del sistema penitenciario que aquí se establece, la reiteración de delitos y la acumulación de penas por sentencias distintas». Esta disposición y las que á continuación de ella se citan no son nuevas en España. Otras varias habían ya antes establecido lo mismo. Así, la real orden de 25 de Octubre de 1886, por la que se aprueba la Instrucción para el servicio de las cárceles de Audiencia, establecidas por real decreto de 15 de Abril del mismo año, preceptúa (en su prescripción 5.ª) lo siguiente: «El destino de los penados á las secciones se hará... teniendo en cuenta las condiciones personales del corrigendo, para procurar *que haya la mayor separación entre los reincidentes y los que no lo sean*». En el proyecto de ley de prisiones presentado al Senado en 7 de Abril de 1888 por el ministro Sr. Alonso Martínez, se creaban (art. 5.º, número 5.º) junto con otros establecimientos destinados á la privación de libertad, unas penitenciarías especiales, y entre ellas (artículo 8.º) ocupaban el primer lugar *las de reincidentes*. Y el real decreto de 23 de Diciembre de 1889, por el que quedó organizada la población penal de Ceuta en colonia penitenciaria, distribuye dicha población penal en grupos, y manda (art. 17, núm. 2.º) que «dentro de cada agrupación por delitos, *se hará una especial para los reincidentes*».

(2) Art 13, párrafo tercero: «*Los reincidentes estarán separados de los que hayan delinquido por primera vez, y esta misma separación se hará entre los que sufran corrección paterna por vez primera y los que la hayan sufrido anteriormente*».

(3) Art. 3.º «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior [que manda permanezcan en el Reformatorio los jóvenes penados durante toda la condena, aunque en ese tiempo excedan de la mayor edad]: 1.º *A los reincidentes, cuando se demuestre* reiteradamente *la ineficacia del tratamiento reformador*. 2.º A los que delinquieren durante el cumplimiento de la condena, imponiéndoles pena igual ó mayor á la que se hallaren extinguiendo».

bre el Reformatorio de jóvenes delincuentes de Alcalá de Henares (1).

El mismo fundamento que el trato legal especial que se otorga á la reincidencia, según acabamos de ver, es sin duda el que obliga al legislador á conducirse de un modo análogo con la circunstancia de la habitualidad, enteramente parecida á la anterior, cuando no del todo idéntica á ella. Las leyes la mencionan menos veces que la reincidencia, pero no faltan algunas en que así se hace: como en los arts. 9.°, circunstancia 6.ª, 16, núm. 3.°, circunstancia 2.ª, 413, párrafo segundo, 459, núm. 1.° y 518, párrafo tercero, del Código penal común (2); 25, número 3.°, del Código de la Marina de gue-

(1) Art. 1.° «El Reformatorio... se destinará exclusivamente al cumplimiento de todas las condenas impuestas á los menores de veinte años..., siempre que concurran en ellos las condiciones siguientes:... Tercera. La de ser mayor de dieciocho años y menor de veinte... cuando no concurran en los mismos: *a*) *La reincidencia* establecida en el núm. 18 del art. 10 del vigente Código penal. *b*) La *reiteración* establecida y definida en el núm. 17 del mismo art. 10 de dicho Código. *c*) La imposición—por diligencias acumuladas—*de más de una pena* cuyo lapso de cumplimiento exceda de seis años de prisión».

(2) Art. 9.° «Son circunstancias atenuantes:... 6.ª La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, *cuando ésta no fuere habitual...*». Art. 16. «Son encubridores los que... intervienen con posterioridad á la ejecución del delito, de alguno de los modos siguientes: ... 3.° Albergando, ocultando ó proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: ... Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, regicidio, parricidio, asesinato, ó reo conocidamente *habitual* de otro delito». La habitualidad es, por tanto, aquí lo que convierte el hecho en punible, como es también lo que estorba el que la embriaguez sea circunstancia atenuante. Art. 413. «El funcionario público que exigiere... será castigado con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida. El culpable *habitual* de este delito incurrirá *además* en la pena de inhabilitación temporal especial». Art. 459. «Incurrirán en la pena de... 1.° El que *habitualmente* promueva, favorezca ó facilite la prostitución ó corrupción de persona menor de veintitres años». Art. 518, párrafos segundo y tercero: «Los malhechores presentes á la ejecución de un robo en despoblado y en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella... Se presume haber estado presente á los atentados cometidos por una cuadrilla el malhechor que anda *habitualmente* en ella...».

Tocante á lo que ha de entenderse por «habitualidad», el Código

rra (1); 15 y 38, núms. 2.º y 5.º, de la ley de contrabando y defraudación (2); 1.º, núms. 4.º y 5.º, de la ley sobre protec-

---

penal nada dice El Tribunal Supremo, en sentencias varias, relativas á la interpretación del art. 459, ha declarado que «para la estimación de esa circunstancia esencial, es necesario que la persona de quien se trate *tenga por costumbre* ded cirse á ocupación tan inmoral» (sent. de 13 de Febrero de 1903), y que «la habitualidad se presupone en quien se encuentra al frente de una casa de prostitución» (sent. de 30 de Enero de 1905). Y el fiscal del mismo Tribunal, contestando á una consulta que sobre el particular se le formuló hace años, dij : «Tienen distinta significación las palabras «culpable habitual» y «habitualmente», usadas en los arts. 413, párrafo segundo, y 459 [según la redacción anterior á la que ahora tiene por virtud de la ley de 1904, llamada «de la trata de blancas»] del Código penal, respectivamente. Por «culpable habitual» del delito de exacciones ilegales, del primero de dichos artículos, debe entenderse... el que con anterioridad al delito por el que se le juzga ha sido declarado culpable *varias veces* del mismo y penado por sentencia ejecutoria [concepto legal de la reincidencia, según el número 18, art. 10, del Código penal]... Por lo tanto, sólo debe ser considerado como culpable *habitual* del delito de que se trata quien, penado *tres veces por dicho delito, delinque la cuarta*... En cuanto al que promueve ó facilita *habitualmente* la prostitución ó la corrupción de menores de edad.., ese no necesita haber sido declarado culpable anteriormente del propio delito por el fallo de los tribunales, porque en el artículo sólo se trata del hecho de la habitualidad, *que se determina suficientemente por la reiteración de actos* de corrupción ó prostitución ejecutados por el autor del delito en un lapso de tiempo más ó menos largo.. » (p. 137 de la Memoria fiscal de 1899). De cualquier manera, en uno y otro caso, la habitualidad constituye, ó un elemento esencial del delito (art. 459), ó una causa de agravación (art. 413), porque acusa en el respectivo sujeto la existencia de un factor permanente de peligro é intranquilidad social, que, de otro modo, se cree no existir, ó ser menor.

(1) Art. 25. «Son encubridores los que.. intervienen con posterioridad á la ejecución del delito de alguno de los modos siguientes: ... 3.º Albergando, ocultando ó proporcionando la fuga del culpable, siempre que en este caso... el delincuente sea reo de traición, regicidio, parricidio, asesinato, piratería, incendio ó destrucción de buques de cualquier modo, ó reo *habitual* de otro delito...».

(2) Art. 15. «La *habitualidad* en la comisión de las faltas de contrabando ó defraudación se considerará *circunstancia cualificativa del hecho*, y por consiguiente, cuando concurra, *se reputará aquél como delito, aunque por su cuantía se halle clasificado como falta*. Se entenderá que existe habitualidad cuando los reos hayan sido castigados *tres veces* como autores, cómplices ó encubridores por delitos ó faltas de contrabando ó defraudación, aun cuando entre los hechos que hayan motivado dichas condenas no exista perfecta identidad». Los núms. 2.º y 5.º del art. 38 ya quedan copiados antes (p. 239, nota 1).

ción á la infancia (1); 1.°, núm. 14, del tratado de extradición con Alemania (2); 2.°, núm. 3.°, del tratado con Bélgica (3); 1.° número 12, del tratado con Dinamarca (4); 2.°, núm. 13, del tratado con Francia (5).

El problema de la reincidencia—añadamos también, si se quiere, el de su equivalente la habitualidad—es desde hace mucho, y seguirá siéndolo por mucho tiempo todavía, uno de los más comprometidos del derecho penal, y en el que la consecuencia doctrinal de los cultivadores de éste menos puede quedar á salvo. Algunos de ellos lo han comprendido bien, y protestan, por eso, contra la consideración de la misma como causa ó circunstancia agravante. Pues el imponer al reincidente, por sólo el hecho de serlo, mayor pena que al delincuente primario, además de representar una violación del principio *non bis in idem*—supuesto que el delito primero cometido por el mismo reo, y por el que ya extinguió la correspondiente pena, viene á ser tenido en cuenta de nuevo al juzgar y sentenciar el segundo—, es también un olvido de la teoría del merecimiento, considerada axiomática ó poco menos, en cuanto soporte de la penalidad: pues, si la reincidencia significa algo desde este punto de vista, es precisamente menor merecimiento de pena, menor imputabilidad. Cierto, que el reincidente,

(1) Art. 1.° «Incurrirán en las penas... 4.° Los ascendientes, tutores, maestros ó encargados... que los entreguen (á sus hijos ó pupilos menores de dieciséis años) gratuitamente á individuos... que se consagren *habitualmente* á la vagancia ó mendicidad... 5.° Los que induzcan á un menor de dieciséis años á abandonar el domicilio de sus ascendientes..., para seguir á individuos... que se dediquen *habitualmente* á la vagancia ó mendicidad».

(2) Art. 1.°, núm. 14: «Por excitación *habitual* á la mala vida en personas de menor edad de uno y otro sexo».

(3) Art. 2.°, núm. 3.° «Bigamia...; atentado á las buenas costumbres, excitando, facilitando ó favoreciendo *habitualmente* .. la prostitución ó la corrupción de menores de uno ú otro sexo».

(4) Art. 1.°, núm. 12: «Excitación *habitual* al libertinaje de menores de edad de uno ú otro sexo».

(5) Art. 2.°, núm. 13: «El atentado á las buenas costumbres, excitando, facilitando ó favoreciendo *habitualmente*... la mala vida ó la corrupción de menores de uno ú otro sexo».

por ser tal, y prescindiendo ahora de las demás condiciones que puedan acompañarle, ofrece socialmente más cuidado que si no lo fuera, y la conciencia colectiva reclama con relación á él la adopción de medidas que cree innecesarias ó menos necesarias que cuando no hay reincidencia, entre las cuales puede contarse la pena, sea intimidativa, sea de otra índole. Mas esto, á poco que uno se fije, es abandonar el que se viene teniendo como campo propio del derecho penal, con abandono así bien de las llamadas bases cardinales del mismo: pues es erigir *la necesidad*—medida por el grado de peligro y de consiguiente temor para el porvenir—en fundamento de la penalidad, y hacer, por lo tanto, perder á ésta su índole de castigo, de retorsión, retribución, expiación, reparación (en suma, de responsabilidad), convirtiéndola en un *medio*, en un *remedio*, ó como se le quiera denominar. Y si la conciencia colectiva prefiere esto último á lo primero, la conciencia colectiva y sus órganos ó representantes, la ley, los poderes públicos, los tribunales de justicia, los juristas en general, aun haciéndose la ilusión de que se sirven de las penas en un determinado sentido y para determinados fines, en realidad las utilizan y las quieren utilizar, sin darse buena cuenta de lo que hacen, para otros fines muy distintos, ocultos allá dentro, en los escondidos senos de su alma. La conciencia colectiva se coloca aquí en análoga disposición á aquélla que la vemos adoptar otras veces: v. g., cuando dice que, con relación á ciertos criminales, que constituyen verdaderos «monstruos de perversidad ó de crueldad», «abominables abortos de la naturaleza», *no hay más remedio sino reaccionar penalmente, sean ó no sean* individuos imputables, dueños de sus acciones y agentes libres de ellas. La cuestión de la imputabilidad moral queda oscurecida en presencia de otra más grave y apremiante, que es la de la peligrosidad.

XVIII

HECHOS POR IMPRUDENCIA Y HECHOS INTENCIONALES

No es sólo el caso de la reincidencia el que puede ser alegado como manifestación del dicho fenómeno Hay otros muchos. La gradación de intenciones, implícita ó explícitamente admitida por las leyes, según se ha mostrado más atrás, es uno de ellos, y por cierto muy significativo.

¿Quién puede explicar de otra manera lo que con la imprudencia, culpa ó negligencia sucede? Por de pronto, las acciones realizadas culposamente (no culpablemente) es difícil poderlas imputar, porque difícilmente pueden ser tenidas como verdaderos actos humanos, los cuales, ya se ha dicho, son aquellos *qui ex voluntate deliberata procedunt cum cognitione finis*, y donde hay imprudencia ó culpa, falta cabalmente el conocimiento previo del fin ó resultado con la acción obtenido. Se trata de una *im-pre-visión*, y donde no hay visión anticipada de la finalidad resultante del acto material, éste no se puede llamar voluntario, ni dar origen á responsabilidad; pues *sólo se responde*, según la doctrina, *de los propios actos*, y el de ahora carece de tal carácter.

Pero, aunque así sea, la colectividad en que los imprudentes, descuidados ó imprevisores se mueven no puede hallarse tranquila con respecto á ellos, ya que su descuido, su abandono, su azoramiento, su atolondramiento, su impericia, su temeridad, constituyen un inevitable peligro. Y nos encontramos, lo mismo que antes, entre dos exigencias opuestas, que sin embargo hay precisión de fundir: la inimputabilidad, de un lado, con la consiguiente inimpunibilidad, y la apremiante necesidad, por otro, de prevenirse contra los posibles desafueros de los imprudentes ó inhábiles. Y resulta entonces la componenda de que nos dan ejemplo nuestras leyes, á saber: la imposición de pena á quien no la merece, por no haber querido

los correspondientes actos; pero imponiéndola en proporción más benigna que si se tratara ó que cuando se trata de actos deliberadamente voluntarios. Esta es la solución que adoptan por lo regular (1) nuestras leyes cuando se ocupan de los delitos y faltas cometidos por imprudencia, descuido, abandono ó negligencia, y de su represión (2). Esta es asimismo la razón

(1) Digo «por lo regular», porque no siempre proceden así. Hay casos en que la malicia ó voluntariedad intencional, y la imprudencia ó negligencia, quedan *equiparadas* para los efectos penales. Ejemplo, los arts. 369, 371 y 619 del Código penal, el 3.º de la ley de cables submarinos, el 14 del real decreto sobre montes, y el 10 del reglamento de ferrocarriles, todos los cuales se copian á continuación. Art. 369. «El funcionario público que *á sabiendas* dictare ó consultare providencia ó resolución injusta en negocio contencioso administrativo, ó meramente administrativo, incurrirá en la pena... *Con la misma pena* será castigado el funcionario público que dictare ó consultare, *por negligencia ó ignorancia inexcusables*, providencia ...» Art. 371. «Será castigado con una multa de 250 á 2.500 pesetas el abogado ó procurador que, *con abuso malicioso de su oficio, ó negligencia ó ignorancia inexcusables*, perjudicare á su cliente ...» Art. 619. «Los que *intencionalmente, por negligencia ó por descuido*, causaren un daño cualquiera ... serán castigados con la multa ...». El art. 613 estaba también concebido antes en este mismo sentido: «Si los ganados se introdujeren *de propósito ó por abandono ó negligencia* de los dueños ó ganaderos, además de pagar las multas .. »; pero la nueva ley de 3 de Enero de 1907 ha modificado este precepto dando distinta redacción á los arts. 611 y siguientes del Código y penando diversamente los daños causados en heredad ajena por los ganados de que es uno dueño, según que éstos hubieren sido introducidos en ella *de propósito* (art. 612), ó hubieren entrado *por abandono ó negligencia* del dueño ó de los encargados de custodiarles (art. 611) Art. 3.º de la ley de cables submarinos: «La rotura ó deterioro de un cable submarino hecho *voluntariamente* [parece que quiere decir ahora «intencionadamente», «maliciosamente»] *ó por descuido* [¿por «negligencia, ignorancia ó impericia»?] *culpable* . . será castigado con la pena de prisión correccional en su grado medio al máximo»... Art. 14 del real decreto sobre montes: «Los que *intencionalmente, por negligencia ó por descuido*, causaren un daño cualquiera en los montes públicos ... serán castigados con la multa ...». Art. 10 del reglamento sobre policía de ferrocarriles: «Incurre en la peña señalada por el artículo 21 de la ley [el cual castiga al que por ignorancia, imprudencia, descuido ó falta de cumplimiento de las leyes ó reglamentos de la administración, causare en el ferrocarril ó sus dependencias un mal»] el que *de intento ó por omisión y descuido* deteriore ó destruya ... las obras y accesorios de los ferrocarriles...».

(2) Como en los arts. 85, 366, en relación con los inmediatamente anteriores á él; 406, en relación con el 405; 426, en relación

por la cual la ley sobre la prisión preventiva se comporta de distinto modo con los reincidentes, según que en alguno de los delitos por ellos cometidos haya intervenido ó no imprudencia (1), y la de que la ley de condena condicional tenga también en cuenta alguna vez la intervención ó no intervención de esta última (2).

Por lo que se refiere á los hechos propiamente voluntarios, ó digamos si se quiere—después de las explicaciones dadas—dolosos, maliciosos ó intencionales, conviene fijarse también en el distinto comportamiento que con ellos emplea el legislador, según la presunta capacidad delictiva que á los ojos de éste revelan. Cuando esa capacidad presunta es nula ó escasa, el legislador, y con el legislador los jueces y tribunales, se desentienden de los mismos, ó poco menos, á pesar de que la voluntariedad con que hayan sido ejecutados sea indudable y la imputabilidad moral dependiente de ella perfectamente clara. Cuando, por el contrario, la potencia criminal de que se supone haber dado muestra el delincuente, sobre todo por las

---

con el 425; 581, 605, núm. 3.°, y 611, en relación con el 612 (reformados ambos por la citada ley de 3 de Enero de 1907) del Código penal común; en el 306, párrafo segundo, en relación con el párrafo primero, del Código de justicia militar; en el 21, en relacion con el 16 de la ley de policía de ferrocarriles; en el 7.° de la ley de cables submarinos; en el 17 de la de accidentes del trabajo; en el 39 del reglamento sobre instalaciones eléctricas; y en otros varios.

(1) Art. 3.° de la ley de 17 de Enero de 1901: «Lo prevenido en el párrafo segundo del art. 1.° de esta ley se aplicará ... 2.° A los que con anterioridad hubieren sido condenados ejecutoriamente á pena igual ó superior á la que nuevamente se les imponga, *á no ser que una ú otra de las dos penas aplicadas lo haya sido por causa de imprudencia temeraria ó de imprudencia ó negligencia con ó sin infracción de reglamentos*». Y la excepción establecida en favor de estos delitos obedece, según la R. O. dictada (en 29 de Enero del mismo año) para la inteligencia de la ley anterior, á que los mismos, si «no arguyen malicia verdadera, tampoco puede aplicarse á quien los cometió el dictado de inocente», ya que dichos sujetos obran «con la falta de reflexión y cuidado [que son] de exigir en todo ser de razón».

(2) Art. 3.° de la ley de 17 de Marzo de 1908: «Quedan exceptuados de la suspensión de condena los autores, cómplices y encubridores de los delitos siguientes: ... 3.° Los de incendio y estragos *no cometidos por imprudencia*».

circunstancias que acompañen á la comisión del hecho (1), sea grande, entonces la conciencia social se manifiesta presa de mucha inquietud, y no se satisface sino con la imposición de penas altamente rigorosas, que tengan la suficiente virtud intimidativa para refrenar á los mal intencionados—trátese del propio reo, ó de otros individuos á quienes la impunidad de éste pudiera servir de acicate—, sin pararse á averiguar si semejantes penas guardan ó no guardan proporción con la entidad del hecho realizado, ni con el grado de imputabilidad del agente, ó dando á tal averiguación una importancia muy subordinada. Así, cuando en la perpetración de los delitos interviene por parte del agente lo que hemos calificado de segunda intención, y esta intención se considera mala, según ocurre siempre que el tribunal encuentre el «propósito deshonesto», el «propósito de defraudar», el «propósito, ánimo ó intención de lucro», el «ánimo de causar perjuicio», las «miras deshonestas», la «intención de injuriar», el «deseo de venganza», el ansia de causar «deshonra, descrédito ó menosprecio», y tantas otras cosas semejantes de que las leyes hablan, según se ha visto, el tribunal y la conciencia colectiva, en cuyo nombre pronuncia aquél la sentencia, ó bien declararán criminales á individuos que, de otra manera, no concurriendo los mentados elementos, serían tenidos por inocentes, aun siendo autores de hechos voluntarios, ó bien les impondrán penalidades más severas que si la mentada segunda intención se supusiera no existente. El alma social no se preocupa en realidad, para nada, ó se preocupa muy poco, aun cuando generalmente se crea otra cosa, de la simple voluntariedad con que la acción haya sido practicada, esto es, del grado de conciencia y libre albedrío, presente en ella como su causa; de lo que sí se preocupa, y mucho, es de librarse cuanto le sea posible de las nuevas acometidas de aquéllos que, á juzgar por ciertos signos

(1) Véase antes las pp. 82 y sigs., y en el § XVII, las pp. 212 y siguientes, con la nota 4 de la p. 234. y también después los §§ XIX y siguientes, pp. 256 y sigs.

exteriores, están dispuestos á efectuarlas, ya que su modo de conducirse al presente demuestra con bastante claridad que no conviene confiar en ellos. Eso mismo pasa en cuantas ocasiones presume la ley que los agentes de hechos socialmente dañosos (ó los que hayan pretendido ó se hayan propuesto ponerlos en práctica) son personas sin grandes escrúpulos morales, «sin entrañas humanas», cuya alma no siente repugnancia al mal: individuos de sentido moral debilitado ó nulo; «monstruos» de perversidad ó de maldad; delincuentes por temperamento ó por oficio, la convivencia con los cuales, trátese ó no de sujetos libres y dueños de sus actos—es decir, imputables—, constituye un peligro social análogo al de la convivencia ó proximidad de animales dañinos, bravos, natural, instintiva ó voluntariamente acometedores. Esta, y no otra, parece ser la razón psicológica, por virtud de la que, tanto las leyes como la masa social, reaccionan penalmente de una manera grave y desacostumbrada siempre que se encuentran con un parricidio, con un asesinato, con un infanticidio, no excusable por consideraciones que indican un diferente estado de alma; ó siempre que andan de por medio odios, venganzas «ú otros motivos ilegítimos» (1); ó siempre que la conducta empleada por persona en quien nosotros teníamos puesta nuestra confianza es tal, que nos obliga á perderla, desbaratando nuestros cálculos relativos á un modo cualquiera social ordinario de proceder, cálculos que tan necesaria función desempeñan en la vida (2). Y no es tampoco posible, acaso, interpretar de otra manera la dureza penal empleada con los delincuentes políticos, mientras representan un peligro social, origen de

(1) Art. 8.º, núm. 6.º del Código penal.

(2) A esto parece que se deben atribuir las disposiciones de los artículos 10, circunstancia 10.ª, y 533, núm. 2.º, del Código penal, y la excepción de condena condicional establecida por el art. 3.º, número 2.º, de la ley de 17 de Marzo de 1908 para los autores de hurto con la circunstancia del núm. 2.º, art. 533, del Código penal (que el hurto «fuere doméstico ó interviniere en él grave abuso de confianza»).

zozobra y desasosiego (1); y la benigna tolerancia que con los mismos se usa cuando el peligro no existe ó ya se estima desaparecido, aun cuando la imputabilidad (proveniente de la voluntad libre en el obrar) esté patente.

XIX

EL ARBITRIO JUDICIAL Y LAS CIRCUNSTANCIAS

Si, á pesar de lo que la teoría y las afirmaciones doctrinales, reflexivamente sentadas, suelen decir acerca de la función y fines de las leyes y las instituciones penales, no fuera un hecho bastante claro el de que la conciencia social se preocupa bastante más—cuando no únicamente—de los criminales posibles que de los ya existentes ó de los pasados, en cuanto tales, y el de que, por lo mismo, no le importa tanto la imputabilidad y la responsabilidad en sí de unos y otros, como la potencia delictuosa que puedan ofrecer, y contra la cual es preciso prevenirse por los medios que se estimen mejores, incluso con la imposición de penas, difícilmente tendrían explicación todos aquellos preceptos legislativos en que, ó se manda expresamente á los tribunales, ó se les autoriza para tener en cuenta las condiciones personales, la situación y los antecedentes de conducta del reo, como indicio del peligro que, mirando al porvenir, se considera que puede éste ofrecer y de las precauciones, mayores ó menores, de índole penal que frente al mismo deben ser tomadas.

---

(1) A los artículos del Código penal común referentes á este particular, ya citados (p. 152 y sigs., nota), pueden añadirse la mayoría de los que se refieren á delitos cometidos por medio de la imprenta (arts. 12, 14, 203, 457, 468 y sigs., 473, 476 y sigs., 582, 584 y otros del Código penal), por lo que la circunstancia de tal medio de comisión tanto puede ser atenuante como agravante (art. 10, circunstancia 8.ª y algún otro), la casi totalidad de los preceptos de la ley de 1.° de Enero de 1900 y de la de 23 de Marzo de 1906, llamada «de jurisdicciones», y gran parte de los artículos de los Códigos de la Marina de guerra y de Justicia militar.

El arbitrio judicial no parece muy compatible, que digamos, con la concepción retributiva y expiatoria de la penalidad, donde la gravedad objetiva del delito, elemento esencialísimo de la imputabilidad, la responsabilidad y la pena, se supone ser lo que es por sí misma, con independencia de los juicios que respecto de ella se formulen (1), y el aumento ó disminución de aquella gravedad no son cosas que puedan dejarse á la discreción de los juzgadores. La regla de justicia, para todos igual, y que no conoce acepción de personas, señala de antemano los hechos que son, por su misma naturaleza, delitos, la penalidad que á cada uno corresponde por ley indeclinable, penalidad que no puede ser modificada sin agravio de la regla aludida, y si se quiere también las condiciones ó circunstancias, absolutamente iguales para todo el mundo, que pueden influir en la culpabilidad y en la punibilidad consiguiente. Cuando de castigar se trata, puede y debe darse todo tasado y medido de antemano, y sólo cumpliéndolo con exactitud rigorosa, es como habrá de lograrse que cada cual lleve su merecido. Aquí es donde «hay que hacer *justicia seca*, y caiga el que caiga», y donde, á fin de que reine la justicia rígida, igual para todos, no se puede dar entrada á la equidad, «verdadero comodín, tras del cual se parapetan muy á menudo las variabilísimas y hasta encontradas opiniones individuales de los juzgadores».

(1) En una monografía, pareja de la presente y que se publicará pronto, acerca de *El concepto del delito, según la legislación española*, procuraré demostrar lo equivocado de tal punto de vista, y cómo, al revés, la gravedad de los delitos, en relación unos con otros, y hasta la condición de punibles ó delictivas que se reconoce en determinadas acciones, y no en otras, no tienen nada de esencialmente objetivas ú ontológicas, sino que son cualidades creadas por los mismos individuos al atribuírselas á las acciones referidas, por lo cual varían al compás de los criterios subjetivos (concepciones, intereses, deseos, sentimientos y demás) de cada persona que cuenta con medios suficientes para imponerse á las restantes que con ella conviven. Véase entretanto lo que sobre el particular he dicho, con aplicación especial al Código penal español, en el artículo *Código penal*, publicado en la *Enciclopedia jurídica española*, editada en Barcelona por D. Francisco Seix.

Ahora, si en general es poco explicable el aludido arbitrio dentro de la concepción penal retributiva, menos aún lo parece el que la ley autorice ó mande hacer uso de él tomando en cuenta las particularidades concretas de los singulares delincuentes; porque esta apreciación, que ofrece valor innegable para llegar á saber la capacidad delictuosa de cada uno y para individualizar, consiguientemente, el tratamiento penal á que conviene someterle con objeto de prevenir sus posibles ó probables delitos, no puede tener eficacia ninguna para cuanto afecta al castigo, como tal (como pago de una deuda contraída con el delito). Cuando, por consiguiente, el legislador, arrogándose, como siempre, la representación de la conciencia social, impone á los jueces la obligación de ejercer un discrecional arbitrio, ó cuando de cualquier otro modo acude á él, se olvida de la imputabilidad—en que estriba, según se dice de ordinario, la pena, y á cuyo marco, se dice también, ha de amoldarse ésta—, y se echa en brazos de la prevención.

Por razones de índole diversa, pero muy especialmente por la necesidad de que los tribunales no pudieran nunca imponer á los ciudadanos penalidad distinta de la merecida por sus delitos, según la objetiva gravedad de éstos, se ha venido considerando como una gran conquista del individualismo revolucionario, que culmina en la explosión francesa de 1789, la de haber negado, ó reducido á estrechísimos límites, el arbitrio de los juzgadores en el orden criminal, tan ampliamente ejercido antes de la aludida época (1). Las legislaciones vigentes en los distintos países se hallan inspiradas en este sentido, que es al que responde también la nuestra. La cual pretende haber proscrito totalmente, ó poco menos, el arbitrio judicial penal.

Mas esta pretensión es ilusoria, al igual de otras muchas. El arbitrio judicial, no sólo subsiste en España (como en otros Estados) por imposición ineludible de la función misma de

(1) De esto he tratado con bastante amplitud en los *Problemas de derecho penal*, tomo I.

juzgar, sino que el legislador se encuentra constreñido á estarse refiriendo y entregando confiadamente á él á cada paso. Los artículos y pasajes legales en que lo invoca, tanto del Código penal ordinario como de los demás códigos y leyes, son muchísimos. Del primero, v. g , los arts. 2.º, 8.º, circunstancia 1.ª, párrafo tercero; 9.º, circunstancias 6.ª, párrafo segundo, y 8.ª; 10, circunstancias 1.ª, párrafo segundo, 5.ª, párrafo segundo, 15.ª, párrafo segundo, y 17.ª, párrafo segundo; 19, regla 2.ª, párrafo segundo; 29, párrafo último; 44, párrafo segundo; 48; 76, regla 5.ª; 81, regla 4 ª; 82, reglas 4.ª, 5.ª y 7.ª; 84, 86, 87; 98, párrafo segundo; 103 (reformado por la ley de 9 de Abril de 1900 sobre la ejecución de la pena de muerte); 107, párrafo segundo; 122, 123, 124, párrafo segundo; 126; 422, 433; 509; 581, párrafo tercero; 620 y 623. Del Código de la Marina de guerra: art. 10, núm. 3.º, párrafo segundo, número 4.º, párrafo último, núm. 5.º, párrafo segundo, núm. 6.º, párrafo segundo, núm. 12, párrafo segundo; arts. 13, 15, 16, 17, 19, 70, 71, 76 y sigs., 81, 83 y 84. Del Código de justicia militar: arts. 172, 173 y 335. De la ley de explosivos: art. 3.º, núm. 3.º, párrafo segundo. De la ley de contrabando y defraudación: art. 32, regla 4.ª De la ley de indulto: art. 2.º, número 3.º De la ley de 15 de Febrero de 1873 definiendo los delitos políticos: art 3.º, núm. 3.º De la ley sobre policía de ferrocarriles: art. 24. De la ley de caza: arts. 50 y 52, párrafo segundo. De la ley sobre la condena condicional: arts. 1.º, 2.º, condición 3.ª, y otros. De la ley de enjuiciamiento criminal: artículos 503 y 504. De la ley relativa á la prisión preventiva de los menores de quince años: art. 1.º, párrafo segundo. Además, pueden agregarse á las anteriores prescripciones algún precepto administrativo (1), algunas sentencias del Tribunal Supre-

---

(1) Como la real orden de 9 de Noviembre de 1907 sobre fabricación y uso de armas, cuyo núm. 5.º dice así: «*Al prudente arbitrio de las autoridades* queda el apreciar si el portador de cuchillos, herramientas... tiene o no necesidad de llevarlos consigo, según la ocasión, momento ó circunstancias...»

mo (1), alguna circular del fiscal del mismo tribunal (2), y algún proyecto de ley (3).

Pero claro es, me parece á mí, que todas estas invocaciones legislativas al arbitrio de los juzgadores tienen por objeto principalísimo, cuando no único, facultarles para que, aquilatando cuanto les sea posible, en cada caso, la potencia criminal de los sujetos con los cuales tienen que habérselas, determinen, con la mayor probabilidad que sea dado conseguir, el tratamiento penal (ora intimidativo, ora de otra especie) al que se les deba someter, y la intensidad ó grado del mismo. Pues si la función penal represiva ha de ser y tender á ser cada día más automática y ciega, la función de prevención protectora, en cambio, lo mismo que toda actividad de vigilancia y preservación, necesita una gran amplitud de movimientos.

Una superficial ojeada á los preceptos legales antes citados es suficiente para percatarse de lo que decimos. Sólo potencia criminosa indican, conforme se ha dicho, la «perversidad», la «malicia», la «predisposición á la delincuencia», el «instinto del mal», de que hablan algunas de nuestras leyes. Los suje-

---

(1) Como, por ejemplo, la de 5 de Abril de 1886, ya citada, según la cual «la apreciación de si la circunstancia del parentesco ha de agravar ó ha de disminuir la pena *la deja entregada la ley al buen sentido y á la conciencia del tribunal*, el cual, inspirándose en cada caso en la realidad de la vida, puede rectamente apreciar si el parentesco entre el agraviado y el culpable significa mayor perversidad é infunde mayor alarma, ó, por el contrario, supone menos maldad y produce menos alarma que si el hecho fuera entre extraños».

(2) Así, la de 14 de Octubre de 1889, acerca de la distinción entre juegos lícitos é ilícitos, dice que los hay también «mixtos de azar y de cálculo ó destreza, que se confunden, ora con los permitidos, ora con los prohibidos, según la proporción más ó menos apreciable de ambos elementos»; y añade: «Tolerarlos ó permitirlos es cuestión imposible de resolver *a priori*, y, por tanto, *debe encomendarse al prudente arbitrio de la autoridad*, á quien corresponde averiguar los hechos y estimarlos en su verdadero valor».

(3) Tales como los ya citados art. 5.º, *in fine*, del proyecto de ley sobre condena condicional, del conde de Torreanaz, y art. 3.º, circunstancia 3.ª, del primitivo proyecto del marqués de Figueroa sobre la misma.

tos en quienes tales facultades—diríamos—, tales propensiones ó inclinaciones tengan asiento, pueden ser llamados, mejor aún que delincuentes efectivos—aun cuando en realidad lo sean también—*candidatos á la delincuencia*; y su «instinto del mal» es un «*anuncio cierto de criminosas acciones*» (1). Y cuanto más cierto sea este «anuncio de criminosas acciones»—claro es que *futuras*—, y mayor fuerza tenga la «predisposición á la delincuencia» de los candidatos, de aquellos individuos que sienten *vocación* de delinquir, tanto mayor será la inquietud que, en presencia de ellos, experimentará el alma colectiva, y tanto mayor también la necesidad con que se sentirá presurosa á la adopción de las convenientes medidas de seguridad, preservación, defensa, tutela, ó como quiera denominárselas. Las cuales no se amoldarán á la imputabilidad moral del sujeto, en la que, ó no se pensará siquiera, ó sólo se pensará de un modo secundario (en cuanto indicio de perversidad ó de no perversidad, de predisposición ó de no predisposición á la delincuencia); de tal suerte, que esas medidas pueden adoptarse y se adoptan *aunque la imputabilidad no exista;* y cuando coexistan (ó se suponga que coexisten) con ella, los dos elementos, más aún que en razón directa, se hallarán *en razón inversa.*

Ya quedan copiadas algunas de las disposicione aludidas. Pero conviene reproducir determinados conceptos de ellas, á la vez que de otras varias. Por su lectura se podrá apreciar la exactitud de estas observaciones: Art. 17 del Código de la Marina de guerra: «...Los tribunales de Marina *apreciarán ó no, según su prudente arbitrio*, las circunstancias atenuantes ó agravantes de la criminalidad... y en el caso en que las aprecien, *tendrán en cuenta el grado de perversidad del delincuente...*» (2).

---

(1) Son palabras, éstas, consignadas en la *Exposición de motivos* del R. D. de 23 de Marzo de 1907 sobre el Reformatorio de jóvenes delincuentes, establecido en Alcalá de Henares.

(2) ¿Para qué? El legislador no lo dice, pero ha de ser probablemente para atenerse á la siguiente regla: «la mayor ó menor perversidad (no la mayor ó menor imputabidad), que es señal de mayor

Art. 173 del Código de justicia militar: «Para la apreciación de las circunstancias atenuantes ó agravantes de los delitos comprendidos en esta ley, *obrarán los tribunales según su prudente arbitrio, tomando en cuenta el grado de perversidad del delincuente...*». Art. 1.º, párrafo segundo de la ley de 31 de Diciembre de 1908 sobre la prisión preventiva de los menores de quince años: «Quedan exceptuados de esta regla [relativa á la no aplicación de la prisión preventiva] los menores, presuntos culpables de delitos, en quienes concurran circunstancias que, *á juicio del juez, revelen especial perversidad ó manifiesta predisposición á la delincuencia*» (1). Análogamente, el Código penal común prescribe, en su art. 2.º, párrafo segundo, que los tribunales del orden penal «acudan al gobierno, exponien-

---

ó menor predisposición á la delincuencia, requiere mayor ó menor pena, no ya retributiva—pues ésta sólo mira al delito en sí, á la responsabilidad por las consecuencias de los propios actos—, sino intimidativa, correccional ó de cualquier otro modo preventiva, acomodada á la necesidad de *ponerse*, frente á la dicha *perversidad*, *la venda antes de haber recibido la herida*, y de ponérsela más ó menos apretada, según el peligro, próximo ó remoto, pequeño ó grande, lo requiera.

(1) Con relación á los cuales, no por la existencia ó inexistencia de su libre albedrío, ni de su imputabilidad, sino justamente por causa de su «especial perversidad ó manifiesta predisposición á la delincuencia», es imposible mostrarse confiados, permitiéndoles andar en libertad, ó quedarles fuera de la cárcel. Esta conducta de recelo la han de observar los jueces (que por cierto aquí no obran en concepto de tales, sino como preparadores de un juicio formal, pues preparación de éste y no otra cosa es el sumario: *instrucción preparatoria*) con individuos que no se sabe (oficialmente, judicialmente) que han delinquido, sino de quienes sólo se presume ó se sospecha la comisión de algún delito. Y la observará, aun con respecto á aquéllos que *no* tengan malos antecedentes legales; pues, para estos últimos, ya dice la misma ley: «Dejará *igualmente* de aplicarse dicha regla *en los casos de reincidencia y reiteración*». Por lo tanto, para tachar á un menor de quince años como manchado de «especial perversidad ó de manifiesta predisposición á la delincuencia», bastará con que el funcionario que va á instruir el correspondiente proceso, en nombre de la conciencia social, estime que tal circunstancia existe *á su juicio*, apoyándose, para formar éste, en datos, observaciones ó noticias que no constan oficialmente, en virtud de declaración judicial firme, la cual no pueda redargüirse válidamente, según el principio *res judicata pro veritate habetur*.

do lo conveniente..., cuando de la rigorosa aplicación de las disposiciones del Código resultare [á juicio de ellos, claro es] *notablemente excesiva* (1) *la pena, atendido el grado de malicia* y el daño causado por el delito», y en el 581, fundándose *en la carencia de malicia*, les faculta también para imponer las penas *á su prudente arbitrio*, sin sujetarse á las reglas generales prescritas en el mismo cuerpo legal. El Código de la Marina de guerra, por su parte, autoriza á los tribunales respectivos para imponer á los marinos menores de quince años que hayan obrado con discernimiento «una pena *discrecional, en proporción al grado de malicia* que se aprecie en el marino menor de quince años» (art. 10, núm. 3.°, párrafo segundo); y con respecto á la obediencia debida, en cuanto circunstancia eximente, manda que, para apreciarla ó no, tengan presente los juzgadores «si se prestó la obediencia *con malicia ó sin ella*» (art. 10, núm. 12, párrafo segundo).

Aun no empleando los términos «perversidad», «malicia», «instinto del mal», «predisposición á la delincuencia», muchas veces las leyes parece que presuponen los conceptos respectivos, ó que á ellos hacen alusión, con el fin de que los funcionarios judiciales los tomen en cuenta para dictar sus proveídos. Eso han de querer significar las frases frecuentes de «circunstancias del reo», «circunstancias del delincuente», circunstancias de las personas», «circunstancias del caso» ó «del hecho», etc. Estas circunstancias influyentes en la resolución judicial son *otras* que las denominadas y reconocidas legalmente como atenuantes ó agravantes de la responsabilidad. Así tenemos los artículos siguientes:

Código penal común: art. 8.°, número 1.°, párr. tercero:

---

(1) ¿«Excesiva» para qué? ¿Para intimidar á quien no la necesita tan grande, pues, dadas sus condiciones personales, le basta con una menor para abstenerse de reincidir? «Excesiva» para retribuir el correspondiente delito, no cabe quizá decirlo, por cuanto el delito objetivamente considerado es lo que es en sí, independientemente de las condiciones privativas y de la situación particular de cada persona.

«Cuando el imbécil ó el loco [exentos de responsabilidad criminal] hubiera ejecutado un hecho que la ley calificare de delito grave, el tribunal, *según las circunstancias del hecho,* decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, ó entregará al imbécil ó loco á su familia, si ésta diese suficiente fianza de custodia». Art. 9.º, circunstancia 6.ª, párr. segundo: «Los tribunales resolverán, *con vista de las circunstancias de las personas*, cuándo haya de considerarse habitual la embriaguez», para considerarla ó no como atenuante. Art. 10, circunstancias 1.ª, (parentesco entre el reo y la víctima), 5.ª (realizar el delito por medio de la imprenta ú otro medio análogo que facilite la publicidad), 15.ª (ejecutarlo de noche, en despoblado ó en cuadrilla) y 17.ª (la llamada reiteración en los delitos): «Estas circunstancias las tomarán ó no en consideración los tribunales, ó las apreciarán ya como agravantes ya como atenuantes, *según la naturaleza, los efectos y los accidentes del delito»:* que es como decir, «según todas las condiciones individualizadoras del mismo, para acomodar á esa individualidad y á la de sus autores el tratamiento correspondiente, aun cuando dentro de los límites legalmente trazados». Art. 44, párr. segundo: «El tribunal determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza». Como ésta no puede ser tenida por pena (retributiva), sino como medida de precaución (1), es claro que nadie la puede señalar sino el tribunal mismo, en virtud del cálculo que haga sobre la probable conducta futura del delincuente.

---

(1) *Caución* es precisamente el nombre que le da la ley al enumerarla (art. 26) entre las penas comunes y al indicar su duración (art. 29, párr. último) y sus efectos y modo de ser cumplida (artículo 44). Por tener este carácter de medida previsora, *el Código no la señala como pena fija y obligatoria en ningún caso*; sólo faculta á los tribunales para acudir á ella *en una clase* de delitos, que son los de amenazas (art. 509), en los cuales parece que no puede ser más evidente la existencia de un peligro de delitos futuros, contra el cual se hace necesario precaverse. Por lo mismo, no tiene tampoco una duración fijada legalmente, como pasa con otras penas (art. 29).

Art. 76, regla 5.ª: «Cuando la ley señalare la pena al delito en una forma especialmente no prevista en las reglas anteriores, los tribunales, *procediendo por analogía* (1), aplicarán las penas correspondientes ...». Art. 81, regla 4.ª: «Cuando en el hecho hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, las *compensarán racionalmente por su número é importancia* los tribunales, para aplicar la pena ...». Art. 82, reglas 4.ª, 5.ª y 7.ª: «Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, *graduando el valor de unas* y *otras*. Cuando sean dos ó más, y muy calificadas, las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, *en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias*. Dentro de los límites de cada grado, *los tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias* agravantes y atenuantes y á la mayor ó menor extensión del mal producido por el delito». Art. 84. «En la aplicación de las multas, los tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino *principalmente el caudal ó facultades del culpable*»; consulta que no parece ha de llevar otro objeto, más que el de hacer que la multa impuesta tenga eficacia intimidadora ó preventiva suficiente: con lo que se la mide por *la persona* del delincuente, y *no* por la gravedad objetiva del delito, pues esta gravedad objetiva es igual para todos los autores de hechos iguales. Art. 86. «Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá *una pena dis-*

(1) Por medio de la analogía pueden los juzgadores admitir cuantas atenuantes les parezcan admisibles. El art. 9.º dice: «Son circunstancias atenuantes: ... 8.ª Y últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad *ó análoga á las anteriores*».

crecional ...». Art. 422. «Los tribunales, *apreciando las circunstancias del hecho, podrán* castigar el delito frustrado de parricidio, asesinato y homicidio, con una pena inferior ...» (1). Artículo 581, párr. tercero: «En la aplicación de estas penas [las correspondientes á los autores de delitos cometidos por imprudencia temeraria ó por simple imprudencia ó negligencia con infracción de los reglamentos] procederán los tribunales *según su prudente arbitrio*, sin sujetarse á las reglas prescritas en el art. 82»; disposición que se ha de proponer que la pena pueda atemperarse á la mayor ó menor necesidad de ella que resulte del miedo á la repetición de nuevos delitos por parte del imprudente. Art. 620. «En la aplicación de las penas de este libro [el tercero del Código penal, correspondiente á las faltas] procederán los tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, *atendiendo á las circunstancias del caso*». En realidad, esta regla, aun cuando dictada sólo para las faltas, es la que al cabo prevalece siempre, incluso cuando se trata de delitos; así lo muestran, incluso textualmente, varios de los artículos que acabamos de citar, y singularmente los que llevan los números 76 y siguientes, 87 y otros.

Código penal de la Marina de guerra (aparte de varios números—4.º, 5.º, 6.º, 12—del art. 10, y de varias circunstancias que *podrán* los tribunales apreciar como atenuantes, según el art. 13—tales, la 5.ª, la 6.ª, la 7.ª y la 8.ª—, ó como agravantes, según los arts. 15 y 16, todas las cuales representan otros tantos indicios de peligro y temor de reincidencia por parte de los delincuentes actuales): art. 17, párr. segundo: «Los tribunales de Marina, en el caso de que estimen la apreciación de circunstancias agravantes ó atenuantes, tendrán en cuenta... la trascendencia que haya tenido el delito, *el daño producido ó*

(1) Deberían también, por el contrario, poderla imponer *superior;* pero esto lo veda aún la consideración de la materia penal como odiosa y la consiguiente organización de los códigos penales y de procedimiento criminal.

podido producir con relación al servicio, á los intereses del Estado ó á los particulares, y la clase de pena señalada por la ley.» Artículo 70. «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (1), los tribunales de Marina *podrán alterar* la aplicación de las reglas que en él se establecen *en los casos que lo exijan las circunstancias especiales en la comisión del delito*» (2).

Código de Justicia militar: art. 172. «Los tribunales impondrán la pena señalada en la extensión que estimen justa...». Art. 173. «Para la apreciación de las circunstancias atenuantes ó agravantes de los delitos comprendidos en esta ley, obrarán los tribunales según su prudente arbitrio, tomando en cuenta... la trascendencia que haya tenido el delito, el daño producido ó que hubiere podido producir con relación al servicio, á los intereses del Estado ó á los particulares, y la clase de pena señalada por la ley».

Ley de condena condicional: art. 2.º, párr. último: «En los casos comprendidos en los números anteriores [hablan de las condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena], los tribunales *podrán aplicar ó no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello á la edad y antecedentes del reo*, naturaleza jurídica del hecho punible y *circunstancias de todas clases* que concurrieren en su ejecución». Si la gran latitud de facultades que expresamente se confiere aquí á los tribunales, y los elementos á que se les remite para que los tengan en cuenta como base de concesión ó denegación de la condena condicional, no son una demostración clarísima de que los legisladores quieren hacer depender la aplicación ó no aplicación de la pena judicialmente decretada del temor que exista respecto á la posible recaída de los delincuentes que han comparecido ahora delante de los jueces,

---

(1) Art. 69. «Los tribunales de Marina aplicarán las penas comunes del art. 34 para los delitos comunes, y las especiales militares del mismo artículo y las accesorias del 35 para los delitos militares y profesionales.»

(2) Son también de consultar los arts. 71, 76 á 81, 83, 84 y 85, regla 4.ª, de este mismo Código.

difícil es hallar la *ratio legis* de semejante precepto, como en general de toda la ley á que el mismo pertenece. La concesión no puede ser caprichosa, sino que ha de obedecer á motivos, y á motivos precisamente racionales (1); y la racionalidad de estos motivos, apreciada por el tribunal, tiene que estar íntimamente ligada con el fin á que ellos sirven de soporte, que no puede ser sino «la corrección del que comparece ante la justicia, más que como reo, como víctima de un momentáneo apartamiento de la senda del bien» (2).

Ley de explosivos: art. 3.º, núm. 3.º, párr. segundo: «En la aplicación de las penas de este artículo [sobre la fabricación, tenencia, venta ó facilitación de sustancias ó aparatos explosivos] procederán los tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, *atendiendo á las circunstancias del caso*».

---

(1) El mismo ministro, autor del correspondiente proyecto de ley, lo explica así en el R D. fecha 23 de Marzo de 1908, dictado para el cumplimiento de la ley. El art. 1.º de este R. D. dice en efecto que «en los autos declaratorios de la suspensión de condena, dictados en cumplimiento de la ley de 17 del corriente mes, *se consignarán de modo expreso, claro y preciso los fundamentos racionales que, á juicio del tribunal sentenciador, existan* para decretar aquélla, *teniendo en cuenta todas las condiciones y circunstancias* á que se refieren los arts. 2.º y 5.º de la expresada ley, en sus respectivos casos». Y el fiscal del Tribunal Supremo (que fué presidente de la Comisión del Senado dictaminadora sobre el proyecto de ley de condena condicional), en su circular de 2 de Abril de 1908, dando instrucciones á sus subordinados, los fiscales de las Audiencias, para la aplicación adecuada de la referida ley, dice también, con otras cosas: «Lo que la ley de 17 de Marzo último pretende, con buen acuerdo, es erigir, sobre la remisión de la pena asignada á la primera culpa, *la corrección del que comparece ante la justicia*, más que como reo, como víctima de un momentáneo apartamiento de la senda del bien obrar». Es decir, que se prescinde de imponer la pena por creerla innecesaria; no en cuanto castigo—en lo cual ni siquiera se piensa—, sino en cuanto medida. Y añade el fiscal: «Para ejercitar la facultad [que la ley otorga á los tribunales] se ha de atender á la edad y antecedentes del penado, á la naturaleza jurídica del hecho justiciable y á las modalidades ó determinaciones específicas que lo caractericen en el orden del derecho *y aun en el de la moral;* pues no otra cosa representan *las circunstancias de todas clases* á que la ley se refiere».

(2) Véase la nota anterior.

Ley de caza: art. 52, párr. segundo: «La duración de la pena en cada caso la determinarán, dentro del grado, *las circunstancias del hecho* y la importancia de la infracción».

Ley de enjuiciamiento criminal, de 14 de Setiembre de 1882, art. 503: El juez *podrá* decretar la prisión provisional «cuando la considere necesaria, *atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado...»* antecedentes que no es preciso tengan el carácter de judicialmente penales. Por el contrario, según el art. 504, párr. segundo, de la misma ley, «cuando el procesado tenga *buenos antecedentes* ó se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse á la acción de la justicia, y cuando además el delito *no haya producido alarma* [señal inequívoca de que se cree en la existencia de peligro], *ni sea de los que se cometan con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia, podrá el juez ó tribunal acordar, mediante fianza, la libertad del inculpado»* (1).

(1) Recuérdese aquí también el art. 1.°, párr. segundo, ya citado, de la ley sobre prisión preventiva de los menores de quince años.

Quizá alguno pueda advertir que la prisión provisional ó preventiva no es una pena. Aunque así fuese, ello no estorbaría el valor del razonamiento que se viene desarrollando, porque, de cualquier manera, la prisión preventiva es uno de los medios usados precisamente por los funcionarios judiciales, y no por los funcionarios de otra clase, para dar satisfacción á la conciencia social, intranquila con la libertad exterior de movimientos de presuntos delincuentes, los cuales son individuos que á ella no le merecen mucha confianza. Pero si, desde el punto de vista doctrinal y como exigencia teórica de las concepciones en vigor acerca de la materia, la prisión provisional no es una pena, y por eso el art. 25 del Código penal dice que *«no se reputarán penas:* 1.° La detención y *la prisión preventiva* de los procesados», la verdad es que, de hecho, esta sanción, precaución, medida ó lo que sea, pues no tiene (según le pasa á otras muchas semejantes) una designación legal técnica, es tan pena como las incluídas con este carácter en la enunciación y clasificación de la ley (arts. 26 del Código pen., 34 y 35 del de la Marina de guerra, 177 y 178 del de justicia militar, etc.); y por ser verdadera pena, se cumple á menudo en los mismos sitios, con las mismas formas y por iguales procedimientos que el arresto ó la prisión correccional, supongamos; y en la índole penal que reviste es en lo que puede fundarse la posibilidad del abono del tiempo de prisión preventiva para la computación de las penas propiamente tales, decretadas por definitiva sentencia judicial. Un documento oficial, la R. O. de 29 de Enero de 1901, ya citada, cuyo objeto es ca-

Ley de indulto: art. 2.º «Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior (1): ... 3.º Los reincidentes... Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, *á juicio del tribunal sentenciador*, ó del Consejo de Estado, hubiese razones suficientes de justicia, equidad ó conveniencia pública para otorgar la gracia».

Ley de 1873 definiendo los delitos políticos: art. 2.º «Se considerarán como delitos políticos para los efectos de esta ley: ... 3.º Los hechos conexos é incidencias *de delitos políticos* [ó sea de delitos cuyos autores no arguyen maldad fundamental, ni por tanto peligro social verdadero], *que los tribunales apreciarán por su naturaleza y circunstancias especiales de cada uno de ellos*; su tendencia, objeto y relación que tuvieran con el delito principal...».

Ley de policía de ferrocarriles: art. 24. «Los contraventores á las disposiciones de esta ley... serán castigados... *según* la gravedad y *circunstancias* de la trasgresión y *de su autor*».

XX

LA PREVENCIÓN Y LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Tenemos una copiosa esfera legislativa, en la cual se manifiesta á cada paso, y de vez en vez con intensidad y frecuencia mayores, el sentido de prevención y precaución tutelares, y

---

balmente dar reglas y aclaraciones para la buena inteligencia de la ley vigente sobre prisión preventiva (17 de Enero de 1901), muestra bien claramente que esta última es una pena, pues dice entre otras cosas: «Basta penetrarse de la base que sirve de fundamento á la ley, para demostrar su claridad. El legislador ha querido que por un mismo delito no sufra nadie *dos penas:* una, la que en la sentencia se le impone, *y otra, la que preventivamente sufrió*, y de aquí el párrafo primero del art. 1.º, que concede el *abono total* de la prisión preventiva á los reos de delitos castigados con pena correccional», ó sea—podemos añadir—á los que se supone menos peligrosos y temibles de todos.

(1) «Art. 1.º Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo á las disposiciones de esta ley, de toda ó parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido».

por lo tanto defensivas, que la conciencia social quiere que revista el comportamiento que se debe seguir con aquellos enemigos suyos á quienes se califica de delincuentes. Esa esfera es la de la ejecución de las penas, donde, con muchísimo predominio sobre todas las otras esferas llamadas penales, se vienen desde hace tiempo concentrando las miradas de la mayoría de las gentes, y excusado es decir que también las de los penalistas, y en general las de todos los estudiosos. Nada, del complejo problema penal, preocupa tanto como la ejecución de las penas, el encontrar la forma de esta ejecución que mejor sirva para su objeto. Y el objeto de la ejecución penal parece ser, fundamentalmente á lo menos, la tranquilidad y la seguridad sociales, ó sea la evitación del mayor número de delitos posible.

Entre nosotros, como dondequiera actualmente—aun cuando con gradaciones distintas de país á país—, puede decirse que las penas, sin dejar de revestir enteramente un carácter expiatorio y retributivo del delito ejecutado (1), ofrecen muy

(1) Esta idea de retribución, expiación y venganza, donde principalmente domina, es en la reacción privada (venganza privada), tan predominante en situaciones sociales primitivas, y en las formas equivalentes que hoy puede tener (como en las llamadas «defensa legítima», «reparación», etc.). Sólo que esa reacción privada no corresponde propiamente al derecho penal, únicamente, que es, á lo que parece, el derecho penal del Estado (no el de otras entidades —como v. g. el individuo y la familia—que forman parte de él en el concepto de componentes suyos), y que no tiende á otra cosa sino á conseguir la seguridad y la tranquilidad sociales por medio de la eliminación total (muerte) ó parcial (reclusión, destierro, etc.), de los delincuentes, por la intimidación de los mismos, por su inutilización material (mutilaciones, encerramientos, marca y otros señalamientos, picota, vergüenza, exposición...), por su aprovechamiento en beneficio del Estado mismo (en el laboreo de minas, en las obras públicas, en el manejo del remo de las galeras...) y á sus ordenes. En la venganza privada (aplicable á los delitos que lleven este mismo calificativo), por el contrario, se persigue una satisfacción personal, y por eso esta satisfacción se traduce frecuentemente en un equivalente pecuniario (composiciones, reparación é indemnización civil) y es origen de obligaciones privadas (el delito, fuente, como otras análogas, de obligación civil), que por lo mismo se pueden renunciar, etc. Aquí hay un problema de gran trascendencia, del

predominantemente el sentido de preservación y defensa sociales contra la delincuencia futura. Por eso muchas veces son penas eliminadoras de los elementos que se estima peligrosos para la vida pacífica y ordenada dentro de un determinado ambiente social: cual ocurre con las de muerte (1), relegación (2) extrañamiento y destierro. Otras veces, se trata de penas que inutilizan las actividades tenidas por delincuentes, con ó sin encauzamiento de las mismas para fines considerados socialmente útiles ó buenos (3): y así pasa, por ejemplo, con

---

cual no puede tratarse en este sitio, ni puede tampoco ser desenvuelto incidentalmente en una simple nota.

(1) A cuyo efecto eliminatorio (mediante el cual se limpia al Estado de miembros *obnoxios*, que decían los moralistas tradicionales al tratar de esta cuestión, lo mismo que se limpia—añadían, citando á San Jerónimo—á un rebaño de sus ovejas sarnosas) se agrega otro efecto intimidativo y ejemplar, mayor que el de ninguna otra pena; y por eso la ejecución de la de muerte ha sido siempre tan aparatosa, hasta constituir, ya por sí sola, ó ya con otras que la acompañaban, un verdadero espectáculo público (autos de fe; procesión con corozas; carrera, con el debido acompañamiento de las autoridades y el público, precedidos del lúgubre pregonero, de los postulantes, cofrades y hermanos, etc.; exposición de las cabezas y miembros descuartizados del ajusticiado; exposición de otros penados á la vergüenza pública...).

(2) Una real orden de 20 de Mayo de 1889 mandando ir á estudiar las condiciones del presidio de Ceuta al objeto de preparar el establecimiento allí de una colonia penitenciaria, cosa que hizo poco después el real decreto de 23 de Diciembre del mismo año, decía, en efecto, que el sistema que se pretendía implantar daba facilidades para «establecer una especie de relegación ... con la ventaja de *eliminar de la Península á ciertos criminales* que acumulan en torno de los presidios una peligrosa población ...».

(3) Como en otros tiempos se utilizó á los penados para el servicio de las galeras del Estado, convirtiéndolos en forzados al remo y explotando su fuerza muscular y las especiales aptitudes que en este orden pudieran tener, también hoy consienten, y hasta mandan, las leyes utilizarlos para obras públicas, el servicio militar y otras diversas aplicaciones. Véanse, por ejemplo (dejando á un lado, por no estar vigente, la base duodécima de la ley de 21 de Octubre de 1869), los arts. 107 y sigs., hasta el 116 inclusive, del Código común; 178, 188, párrafo cuarto, 196, 197, 201, párrafo cuarto, 202, párrafo tercero, 206, 310 y 314 del de Justicia militar; 34, 46, 47, 49, 50, 54, 55, 56, 63, párrafos tercero y cuarto, 66, párrafo segundo, 74, 180, núm. 2.º, 182, párrafo segundo, 186, núm. 3.º, 187, núm. 3.º, 188, núm. 2.º, 190, 201, 204, 208 y otros varios del de la Marina de guerra; los reales decretos de 6 de Mayo 1907, creando

las penas de privación de libertad (cadenas, reclusiones, presidios, prisiones y arrestos), asociadas ó no al trabajo obligatorio; con las inhabilitaciones y suspensiones de empleo, cargo, profesión ú oficio, impuestas generalmente á los individuos (v. g., á los empleados y funcionarios públicos) que han abusado de su posición, y cuyo abuso se trata de impedir colocándoles fuera de ésta; con la interdicción civil y la degradación (1); con la implantación de colonias penitenciarias (ya dentro, ó ya fuera de la Península) donde, á la vez que se tenga recluídos á ciertos reos peligrosos é imposibilitados de dañar, por lo tanto, á sus coasociados, se procure reabsorberlos en el círculo de la actividad honrada y prepararlos para el ejercicio natural de ésta (2). Y otras veces, en fin, privadas las

---

una colonia penitenciaria en la Plaza de Armas del Dueso (Santoña), y 15 de Junio del mismo año sobre la ejecución de las obras correspondientes; la real orden de 30 de Abril de 1907 dictando reglas para la ejecución de las obras destinadas á levantar una penitenciaría en Figueras; la real orden de 7 de Mayo de 1907 dando instrucciones para la ejecución de las obras de la prisión aflictiva de Ocaña; etc. Recordemos también que durante nuestras guerras en el Norte de Africa en 1860 y 1893, se formaron compañías de penados para pelear contra los moros. Si en la más reciente campaña de 1909 no ha pasado lo mismo, es porque ya era imposible, pues aquellos presidios han dejado de existir.

(1) Art. 43 del Código común: «La interdicción civil *privará al penado, mientras la estuviere sufriendo*, de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos». Cf. los artículos correspondientes (32 y otros varios) del Código civil y de otras leyes. Art. 120. «El sentenciado á degradación *será despojado* por un alguacil, en audiencia pública del tribunal, *del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones*. El despojo se hará á la voz del presidente, que lo ordenará con esta fórmula: «Despojad á (el nombre del sentenciado) de sus insignias y condecoraciones, *de cuyo uso la ley le declara indigno*. La ley le degrada por haberse él degradado á sí mismo». Cf. Código de la Marina de guerra, etc.

(2) La ley de 21 de Octubre de 1869 estableciendo bases para la reforma de las cárceles y presidios y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario mandaba ya implantar dichas colonias. La primera de dichas bases decía así: «Los establecimientos penales á que se refiere esta ley son de las clases siguientes: ... 5.° *Colonias penitenciarias*». Y la octava y décimacuarta, de este modo: «Si las referidas penas perpétuas [de que trata la base décima] se impusie-

penas de todo sabor retributivo y represivo, parece que no se proponen otra cosa más que prevenir la comisión de posibles

---

ren en equivalencia á la de muerte, por haberse decretado la supresión de ésta para toda clase de delitos, se cumplirán en los establecimientos que se creen al efecto con el nombre de *Colonias penitenciarias* en las posesiones españolas del Golfo de Guinea o de las islas Filipinas. También deberán cumplir sus condenas en estos establecimientos los sentenciados á relegación perpetua y los penados tenidos por *incorregibles*, á causa de no haber dado pruebas, ni siquiera esperanzas de corrección ó enmienda [que será, entonces, el propósito que las penas á que esta otra sustituye persigan, y por no haberlo logrado se las abandona como inútiles en aquel caso] después de sufrir penas aflictivas durante veinte años [he aquí, pues, la eliminación penal de los mentados elementos, cuya existencia se juzga incompatible con el llamado «orden social», por ser peligrosos para éste]. Se autoriza al ministro de la Gobernación para tomar el terreno en la parte que sea necesaria en el sitio llamado de San Fernando, ó en cualquier otro del Estado que estime más conveniente, á fin de establecer en él una Colonia penitenciaria para los sentenciados menores de veintiún años». He aquí el germen de la Escuela de reforma—hoy Reformatorio de menores de edad—posteriormente creada, conforme luego veremos, en Alcalá de Henares.

Esta ley, como tantas otras, quedó sin aplicación inmediata. Pero el pensamiento encerrado en ella revivió, no sólo en lo relativo á la Colonia para jóvenes, sino también en lo tocante á las ultramarinas para adultos sentenciados á penas graves. Un real decreto de 26 de Enero de 1889 mandó crear (aunque tampoco se creó) una colonia penitenciaria en la isla de Mindoro (Filipinas), á la cual habían de ser enviados los varones condenados á cadena o reclusión perpetua ó temporal, mayores de dieciocho años y menores de cuarenta y cinco, sanos, con antecedentes de agricultores, preferentemente solteros, ó casados cuya familia quisiera acompañarles; y las mujeres condenadas á reclusión perpetua ó temporal (ó que, cumpliendo otras penas, se prestasen voluntariamente á ir), solteras ó viudas, entre los dieciséis y los cuarenta años y de constitución robusta. Reglas minuciosas determinan la constitución y régimen de la Colonia, con el fin de convertir á los penados en hombres libres, socialmente aprovechables. Por real orden de 20 de Febrero de 1889 se circuló un largo cuestionario á las corporaciones locales para que, al contestarlo, manifestasen si disponían de terrenos en condiciones favorables al establecimiento de colonias dentro del territorio de la Península. También dicta disposiciones aplicables á las colonias, tanto internas como externas, el real decreto de 22 de Setiembre de 1889, en el que se trazan normas para la construcción de los edificios penitenciarios (V. sobre todo los arts. 3.º, 4.º y 6.º). Y el real decreto de 23 de Diciembre de 1889, publicado por el mismo ministro que dictó los anteriores (Sr. Canalejas), convirtió el penal de Ceuta en colonia penitenciaria, sancionando legalmente una situación de hecho que estaba implantada hacía ya mucho tiempo,

delitos: eso tienen que ser la caución (1) y la reprensión (2)—de que, por cierto, hace escasísimo uso el Código (salvo la reprensión privada, que ésta sí la aplica bastantes veces, en el libro tercero)—; eso parece que se busca también con la multa, por cuanto, al deber imponerla los tribunales atendiendo «principalmente al caudal ó facultades del culpable» (art. 84 del Cod. común), se ha de querer con tal acomodamiento producir un efecto intimidativo, y la intimidación es siempre, en sus fines, preventiva; eso se desea también lograr con algunas otras sanciones penales que, aun no estando enumeradas en la escala general de las penas del vigente Código común (art. 25), sin embargo, no dejan de tener cierto carácter penal, más bien que administrativo y de policía, ó que son si se quiere penas policiacas: como la detención de los que estén concertando un duelo, decretada por la autoridad (art. 439 del

---

por costumbre y en virtud de necesidades reales que databan hasta de siglos.

Ni acaba aquí todo. Al trasladar últimamente al territorio peninsular los antiguos presidios de la costa setentrional de Africa (Ceuta, Melilla, etc.), han resucitado los empeños de colonización penal; y el real decreto (de 6 de Mayo de 1907) en que se ordena la traslación (art. 1.º) manda crear (art. 4.º) una colonia penitenciaria en el Dueso en lugar del antiguo presidio de Santoña, que el mismo decreto suprime (art. 3.º). Esta colonia se halla en vías de formación aún, pero muy adelantada. Finalmente, en estos últimos años ha habido también otros proyectos de colonización penal; uno que tendía á aprovechar para tal efecto la isla gallega de Sálvora; otro, más general aún, que hasta fué presentado al Senado por el ministro correspondiente, pero que no se llegó á discutir, y que revivirá acaso el mejor día; y otro, del que se ocupó bastante el Consejo penitenciario, y en el cual fué ponente el Sr. Moret, para llevar un ensayo de colonización penal interna á la región de las Hurdes.

(1) Art. 44 del Código común: «La pena de caución producirá *la obligación del penado de presentar un fiador* abonado que haya de responder de que aquél *no ejecutará el mal que se trata de precaver,* y haya de obligarse á satisfacer, si lo causare, la cantidad que hubiere fijado el tribunal en la sentencia».

(2) Art. 117 del mismo Código: «El sentenciado á reprensión pública la recibirá personalmente en audiencia del tribunal, á puerta abierta. El sentenciado á reprensión privada la recibirá personalmente en audiencia del tribunal, á presencia del secretario y á puerta cerrada».

Cód. común) (1); la fijación de domicilio, autorizada por el artículo 7.º de la ley de secuestros, de 8 de Enero de 1877 (2); la disolución de asociaciones y la supresión de publicaciones, determinadas en las leyes de 10 de Julio de 1894, 1.º de Enero de 1900 y 23 de Marzo de 1906 (3), y aun la sujeción á la vigilancia de la autoridad, la cual, habiendo dejado de ser una

---

(1) Art. 439. «La autoridad [no la administrativa, sino, ahora, la judicial] que tuviere noticia de estarse concertando un duelo *procederá á la detención* del provocador y á la del retado *y no los pondrá en libertad hasta que den palabra de honor de desistir de su propósito*». Se puede, pues, prolongar indefinidamente esta detención, contra lo que prescribe el art. 4.º de la Constitución vigente. Y en efecto, así se ha declarado por el fiscal del Tribunal Supremo en alguna ocasión, sobre todo en la Memoria de 1888, p. 23, y en la de 1904, p. 65, llegando á decir en esta última que la detención de que se trata es «una privación de libertad *especial* [es decir, ni pena propiamente dicha, puesto que no es prisión, ni tampoco una detención privada, administrativa ni judicial, como aquellas á que se refieren los arts. 489 y siguientes de la ley de enjuiciamiento criminal], *sin determinación de tiempo ..., una represión ó castigo* [?] [impuesto sin formalidad de juicio, lo que dentro de los principios legales vigentes parece imposible] á lo que pudiera llamarse tentativa del delito de duelo».

(2) Art. 7.º «Se autoriza al gobierno para que ... *pueda fijar durante un año el domicilio de los vagos y gentes de mal vivir ...*».

(3) Ya hemos citado, con otro motivo, aquellos artículos de estas leyes que dicen del siguiente modo: Art. 8.º de la ley de 1894: «Las asociaciones en que de cualquier forma se facilitase la comisión de los delitos comprendidos en esta ley se reputarán ilícitas y *serán disueltas*... sin perjuicio de las penas en que incurran los individuos de las mismas asociaciones por los delitos que respectivamente hubieran cometido». Art. 5.º de la ley de 1900: «Si los delitos á que el artículo anterior se refiere [adiciona el art. 248 del Código penal común, considerando punibles los ataques á la integridad de la nación española y á su independencia] fueran cometidos por medio de la imprenta... ó en comisiones ó corporaciones por medio de discursos ó emblemas, las publicaciones que por ellos fueren objeto de dos condenas sucesivas, y las asociaciones en que se cometan por dos veces en espacio menor de dos años, *podrán ser suprimidas unas y disueltas otras por la Sala segunda del Tribunal Supremo, á petición del Ministerio fiscal y en forma de recurso extraordinario*...». Art. 12, párrafo segundo, de la ley de 1906: «Si se hubieren dictado tres condenas por los expresados delitos [los definidos en esta ley, realizados por medio de la imprenta... ó en asociaciones, por medio de discursos ó emblemas], cometidos en una misma asociación ó publicación, *la Sala segunda del Tribunal Supremo, á instancia del fiscal del mismo... podrá decretar la disolución ó la supresión*, respectivamente, *de aquéllas*».

verdadera pena, conforme lo era antes (1), parece que ha vuelto á resucitar ahora, ya que no declaradamente con el carácter de pena, con el de medida sustitutoria de una pena, y equivalente á ésta, por consiguiente (2), como puede advertir cualquiera leyendo la reciente ley de condena condicional, artículos 9.º y 10 (3).

---

(1) Arts. 24 y 42 del Código penal de 1850. Conviene añadir que si el Código vigente ha proscrito la sujeción á la vigilancia de la autoridad de la escala general de las penas (sin embargo, habla de esta vigilancia en los arts. 111, párrafo segundo y 116), otra ley precisamente de la misma fecha y refrendada por el mismo ministro que refrendó aquél Código, es á saber, la ley de 18 de Junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, supone todavía subsistente la pena referida, según puede verse por el tenor de su art. 6.º, que es como sigue: «El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, á excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y *sujeción á la vigilancia de la autoridad* [que, por cierto, en el Código de 1850, que la admitía, como queda dicho, *no era pena accesoria sino principal*-correccional]...» Ha de tratarse por lo tanto, de una inadvertencia en que incurrieron los redactores de los dos códigos en cuestión, y de las cuales se encuentran no pocas en estas y en otras de las leyes vigentes. Consúltese también la ley de orden público, igualmente de 1870, y que asimismo habla de la sujeción á la vigilancia de la autoridad (artículo 21, párrafo último).

(2) De hecho, es siempre la misma cosa, aunque cambie de nombre y de naturaleza legal. La sujeción á la vigilancia de la autoridad (ó de la policía, según ocurre en otros países) es simplemente una medida de precaución, que se adopta, no ya con el objeto de castigar á nadie por su *pasada* conducta, sino con el de prevenir la probable y, por lo mismo, *temida* comisión de *futuros* delitos por parte de algunos individuos considerados como peligrosos y frente á los cuales hay que ponerse en guardia y adoptar una aptitud de desconfianza. Aun considerada como pena la sujeción á la vigilancia de la autoridad, según sucedía antes de publicarse el Código penal vigente, he aquí lo que con ella se buscaba: «El objeto de esta pena es *prevenir los delitos, no perdiendo de vista al que* con su mala conducta pasada *hace temer ó presumir* que no se halla su ánimo completamente libre de la *idea* de la perpetración de un delito, ó de reincidir en el que cometió...» (Vicente y Caravantes, *ob. cit.*, comentario al art. 42, p. 26).

(3) Se reproducen más adelante.

XXI

ALGUNAS REFERENCIAS HISTÓRICAS

Sin más que lo expuesto hasta ahora, y aun antes de examinar otras muchas disposiciones dictadas después de promulgado el vigente Código penal de 1870, relativas todas á la ejecución de las penas, tenemos ya bastantes datos para poder asegurar que el sistema por aquél admitido, y la manera con que el mismo Código y ciertas leyes complementarias de él quieren que se ponga en práctica, responden, cuando menos en buena parte, á propósitos legales—y, en lo tanto, sociales—de preservación y precaución contra posibles delitos, antes que á la represión, la expiación y la retribución merecida por los ya cometidos.

Pero hay que añadir aún otra cosa; y es, que semejantes fines de preservación, los cuales despojan á las penas de su carácter genuino de tales, ó lo que es igual, de su carácter de pago de la deuda contraída por el delito, para convertirlas en *medidas* de buen gobierno (de policía y administrativas, si se quiere), tomadas por gobernantes previsores, igual que puede hacerlo dentro de su esfera uno de los denominados «buenos padres de familia» (incluso cuando se trata de padres ignorantes ó torpes, *aun cuando* bien intencionados), no son nuevos en España. No los ha introducido por primera vez el Código de 1870, ni siquiera, tampoco, el de 1848, del que aquel otro es, no del todo, pero sí muy principalmente, una segunda edición algo corregida y poco mejorada. Por el contrario, esos fines son muy antiguos entre nosotros: simple etapa de todo un largo proceso histórico, el cual, más bien que favorecido, y menos todavía coronado y perfectamente desarrollado por los Códigos de 1848 y 1870, puede decirse cristalizado en ellos, con no poco de suspensión y hasta de retroceso (1).

(1) Una historia diligente de nuestra evolución penal en todas sus manifestaciones lo pondría bien en claro. No está todavía he-

El sistema penal admitido por los Códigos de 1848 y 1870—el mismo en ambos, con escasas diferencias de sustancia por respecto al punto que al presente importa—viene de bastante atrás; es un sistema, la mayoría de cuyos medios penales son de índole defensiva y previsora, y el empleo de ellos va encaminado: ya á eliminar del cuerpo social (de un cuerpo ó círculo social determinado: siempre se trata de esto) á ciertos elementos que dentro de él viven y cuya convivencia estiman los demás como peligrosa ó dañosa; ora á dar medios ó señales por donde los llamados vecinos pacíficos y honrados lleguen á conocer á los que no lo son, para que puedan apartarse de ellos y prevenirse ó ponerse en la conveniente situación de recelo y precaución frente á los mismos; bien á dar seguridades á los referidos hombres honrados para que estén libres de zozobras; ya á utilizar en forzosos servicios sociales á los enemigos públicos; ó también á la consecución á la par de varios ó de todos estos objetivos. Ni deja de aparecer también alguna vez un sentido claramente correccional.

Como señales suficientemente expresivas de tales tendencias, se pueden tomar, me parece á mí, las siguientes, que no agotan, ni con mucho, todas las que un estudio *ad hoc* obligaría á recoger. Las ahora apuntadas constan, en su mayor parte, en el *Anuario penitenciario* de 1889, documento al que, en cierto modo, acompaña un carácter oficial.

Innecesario parece repetir que la aplicación de la pena de muerte, de la cual se hacía en otros tiempos frecuentísimo uso (comenzó por ser precisamente la única pena conocida en las sociedades, y se imponía á los enemigos públicos, como á los traidores á la patria, cuya conservación no convenía á la salud de ésta), igualmente que los modos, tan varios, tan crueles y á menudo tan aparatosos, de que se rodeaba su ejecución,

---

cha. El *Anuario penitenciario, administrativo y estadístico* de 1889 contiene materiales é indicaciones aprovechables al efecto. V. sobre todo las pp. 11 y sigs., 163 y sigs.

tenían un doble fin: eliminar á ciertos miembros sociales que más bien estorbaban el bienestar colectivo que contribuían á él, y lograr que los conciudadanos del penado, escarmentando en cabeza ajena, se apartaran de las vías que conducen al delito y desecharan toda tentación de cometerlo. Para esto último se ha pedido siempre que las penas tuvieran carácter ejemplar, que es como decir atemorizador (es la aspiración que, reflexivamente madurada, constituye la teoría de la *coacción psíquica* que formuló doctrinalmente Feuerbach y que en el día de hoy sostienen, con mayor ó menor pureza, bastantes escritores que se dicen avanzados); y el prototipo de la ejemplaridad intimidativa lo constituye—no lo pondrá en duda acaso nadie—el «extremo suplicio», considerado por este aspecto, no menos que por otros (v. g., el de la eliminación y el de la expiación—el reo es la *hostia piacularis*—), como la «reina de las penas». Ahora mismo, todos los que defienden el mantenimiento de la de muerte, todos los que se sienten alarmados ante la perspectiva de su abolición y todos los que atribuyen á la circunstancia de estar ella suprimida, de hecho ó de derecho, en tal ó cual país, el recrudecimiento de la criminalidad de éste, ya en todas sus formas, ya en algunas de las mismas (v. g., en las más brutales), todos ellos invocan para defenderla, ó exclusivamente ó de manera muy principal, el doble efecto mentado. Y en tiempos antiguos, aún se pensaba menos que hoy, al imponer la pena de muerte—como al imponer las demás que la seguían en rigor, pero que á ella se aproximaban y que tenían el mismo sentido sustancial ó teleológico—, en la idea de pago, simetría moral y proporcionalidad con el delito. Menos firmes entonces que lo están ahora, en los pueblos que se dicen civilizados, ciertos resortes de la tranquilidad social y de la seguridad individual que han ido sustituyendo ventajosamente á las durezas penales; menos sedentaria, agrícola é industrialmente constituídos dichos pueblos de lo que lo están los modernos; en continua agitación guerrera, ó sin haber todavía adquirido consistencia orgánica pacífica, ni hábitos

(que sólo el tiempo engendra) de recíproco respeto y de procederes delicados; lo primordial en estas situaciones sociales era la existencia misma de la república, que es lo que en la actualidad denominamos Estado, condicion esencial para poder, al amparo del mismo, gozar de las diferentes ventajas que el vivir social proporciona. Y así se explica el que la seguridad pública, la *salus reipublicae*, á falta de otros medios más eficaces y económicos de conservarse, acudiese á las penas, que eran los que tenía más á mano; y se explica igualmente que las penas, y la de muerte en primer término, fuesen ante todo medios de seguridad pública, esgrimidos contra los enemigos de ésta. Los delincuentes políticos eran los de mayor cuenta; á ellos, traidores, desertores, cobardes, perturbadores, malos jefes, malos funcionarios, malos pastores, en quienes la república no podía tener confianza, porque la vendían, ó no sabían, ó no querían defenderla y servirla, es á los que era preciso, antes que á nadie, quitar del medio (1). Mientras se puede convivir, al menos por el pronto, y á reserva de ulteriores medidas, con los reos de los delitos apellidados comunes, incluso con los parricidas, asesinos y homicidas, es imposible soportar ni un solo momento la presencia de los levantiscos, revolucionarios ó traidores, cuyos actos lo ponen todo en el aire, empezando por la misma existencia del grupo social, base de todas las demás condiciones de vida. Al menos, el homicida, el ladrón, el injuriador, el estuprador (de los miembros que pertenezcan al mismo grupo social, por supuesto, pues, si se trata de actos dirigidos contra individuos de distinto grupo, las cosas cambian) no atenta sino contra una relación, dejando intactas las restantes. Pero el reo político atenta contra todas á la vez, pues atentar contra todas es ata-

(1) No sucede de otra manera tampoco hoy, en los Estados civilizados, cuando se reproducen aquellas circunstancias, y el desasosiego y la alarma son generales: como en situaciones de guerra, revolución, motín, levantamientos sediciosos, deserciones ó traiciones militares, ministeriales, de altos empleados, etc.

car á aquélla sin cuyo respeto las demás caen por sí solas. La muerte elimina por eso primeramente á los fundamentales y más importantes enemigos públicos. Una vez libres de éstos las gentes, ya pueden aplicársela también á los otros, que son, del propio modo, enemigos públicos, pero de segundo ó posteriores grados, podríamos decir. Con lo cual nos hallamos ante el siguiente principio, que, en general, ha sido (añadiremos que lo es aún) el predominante en el alma colectiva (hoy, nacional) para la aplicación de la pena de muerte (como también para la generalidad de las penas): la pena de muerte se impondrá á ciertos delincuentes, por exigirlo así la necesidad de la defensa y la tranquilidad sociales; la imposición de la misma dependerá de tal exigencia, que es su medida, y no de la gravedad objetiva ó intrínseca (como también se suele decir) del delito ejecutado, el cual, aun debiendo ser tenido en cuenta, lo será tan sólo en el concepto de señal, mediante cuyo auxilio se determine aquella exigencia. La pena de muerte, de este modo, pierde su carácter de tal pena, para convertirse en una medida: no se ejecuta *porque* se haya cometido un delito, y en atención á éste tan sólo, sino *para* que (mediante la eliminación de la causa y gracias á la coacción psíquica intimidadora que obre sobre los propensos á delinquir) no se cometan más tarde otros. Por tal motivo, si á un delincuente cuyo delito sea, ó se tenga por ontológicamente muy grave, pero ante el cual la seguridad social no se sienta en peligro y en consiguiente alarma, ó sólo se sienta en grado ínfimo, se le puede dejar por completo impune, ó, aun penándole, no se le lleva al patíbulo ó al fusilamiento, quedando satisfecha la conciencia pública con que se le haga objeto de una pena (de una medida de seguridad é intimidación) menos intensa; en cambio, esta misma conciencia pública requerirá la eliminación total, por la muerte, de aquellos otros reos que, habiendo ejecutado (ó aun solamente intentado ejecutar) algún delito de importancia objetivamente escasa, ó que hasta no es siempre delito, sino que lo es tan sólo en circunstancias determinadas

(delitos de los llamados, no diré yo ahora con cuánta razón, «artificiales» y puramente legales), representan, no obstante, un impedimento grave, y, por lo tanto, un grave peligro para la marcha corriente y desembarazada de la vida social por los carriles por donde habitualmente viene ésta desenvolviéndose.

Todo lo cual es aplicable á otras penas del «antiguo régimen», y ante todo á las más similares á la de privación de la vida, como la mutilación y el destierro. La mutilación es, desde luego, eliminadora, y no digamos si ejemplar. Su sentido fundamental (aparte el de dar desahogo á propósitos vengativos) (1), hubo de ser doble: inutilizar al delincuente presente, para impedirle repetir sus atentados en lo futuro (2), y servir de escarmiento á otros delincuentes posibles, á la vez que de aviso (lo mismo que la marca) á las «gentes de orden» para que pudieran apartarse de los «señalados», personas nada de fiar, juzgando por su anterior conducta. Y por lo que al destierro se refiere, ninguna duda parece que cabe tocante á las finalidades que le sirven de razón ó estímulo. El destierro (3), que ya en su origen fué un sustituto de la pena de muerte (como se ve en Roma, donde para el ciudadano *perduellis*, á quien, por su condición de ciudadano, era imposible aplicarle la pena de muerte, se reemplazaba ésta por la *interdicto aquae et ignis*, que se convertía en expatriación forzosa, aunque aparente-

(1) Como vemos que lo hace ahora el sultán de Marruecos—pueblo en vías de constituirse—con los rebeldes á su soberanía.

(2) Esto es también, bastante, el talión antiguo (hay también un talión moderno, defendido é impuesto, si bien no, en general, con este nombre, por gran parte—¿la mayoría?—de los penalistas y códigos penales contemporáneos), que perseguía la destrucción de la causa (material, la más asequible) generadora del delito: la lengua, la mano, etc.

(3) Con esta palabra se designa ahora, no sólo el destierro en su sentido estrictamente legal presente, conforme lo define el art. 116, párrafo 4.°, del Código penal de 1870, sino toda pena que priva de la libertad de elegir domicilio, ya en la forma de expulsión de un radio territorial determinado, ya en la de señalamiento de un domicilio ó residencia fijos. Es el sentido que le daban nuestras leyes y nuestros escritores antiguos.

mente voluntaria), responde, tanto por lo menos como ésta, al propósito eliminativo. Gracias á él, quedan proscritos del círculo social donde venían haciendo su vida aquellos sujetos cuya persistencia dentro del mismo se estima socialmente dañosa, bien se desentienda en absoluto de ellos la república, ó bien trate de aprovechar sus fuerzas en alguna dirección que aquélla considere beneficiosa, como ocurre con los desterrados á un presidio. Ahora, lo que hay que saber es que esta pena ha sido en algún tiempo (antes del régimen penal de la legislación codificada, que coincide casi con la aparición del régimen de las prisiones y cárceles, en cuanto penas verdaderamente tales) muy usada. «Antes de organizarse los presidios militares en forma de necesitar el auxilio de los penados, ó antes de generalizarse esta organización, *la pena de destierro era frecuente*, y se aplicaba después de la de azotes ú otra infamante [¿á fin de ejemplaridad?], *generalizándola á vagos y á gente de mal vivir* [esto es, no á verdaderos delincuentes efectivos, sino á los individuos en peligro de llegar á serlo], *con objeto de limpiar algunas localidades*, principalmente las de mayor comercio y concurrencia, *de aquellos elementos perjudiciales;* costumbre, aún seguida en la actualidad como disposición gubernativa, para enviar á los pueblos de su domicilio á mendigos, vagos é indocumentados. Si, cuando no existían penas de privación de libertad en la cárcel, se imponía á ciertos delincuentes la de destierro [puramente eliminativo], cuando la necesidad exigió hombres para el servicio de armas ó para obras de fortificación, se circunscribió el destierro á los presidios; y así, en los documentos más antiguos que se conservan... se habla de *desterrados* ó presidiarios, habiéndolos de dos clases: desterrados al servicio de las armas, y desterrados con destino al trabajo de las obras de fortificación y al de otras faenas que se ofrezcan en la plaza» (1).

Viene así, tras del destierro que tiene por «objeto limpiar

(1) *Anuario penitenciario* citado, p. 165.

algunas localidades de vagos y gente de mal vivir», otro destierro, al par que eliminativo, utilitario, pero de todos modos, lo mismo que el primero, no ya expiatorio ni retributivo, sino de prevención y preservación social.

Este mismo sentido utilitario revisten otras penas antiguas, como la de galeras; de la cual, junto con la de destierro á un presidio, proceden, cuando menos en gran parte, todas las actuales de privación de libertad con encerramiento. El *Anuario penitenciario* de 1889 señala bien la evolución. «Hasta la Recopilación no aparecen las penas generales de privación de libertad, constando únicamente el talión, las mutilaciones, varios géneros de muerte, la marca, los azotes, la infamia, la confiscación, la composición, el destierro, la esclavitud, etc.» (1). Los establecimientos carcelarios, en cuanto tales y para aplicar en ellos lo que luego ha sido la pena de prisión con formas distintas, no existían. «Obsérvase como hecho categórico que, muy entrado el presente siglo [el XIX], no se había podido conseguir que, ni en los presupuestos municipales, ni en los del Estado, se consignara lo necesario para atender al sostenimiento de los presos. Vivían éstos, ó de su propio peculio, ó de la limosna. El Estado ni siquiera pagaba á los funcionarios encargados de custodiar á los presos, autorizándoles un arancel que poco á poco se convirtió en abuso... Esta falta de recursos ejerció poderosa influencia en el arbitrio judicial, establecido más por obra de las circunstancias que como criterio jurídico (2), determinando la imposición de penas que no exigieran como condición necesaria el sostenimiento del delin-

(1) Idem, p. 164.

(2) Quizá las circunstancias (las indicadas y otras, como la dureza de la legislación penal vigente, no consentida ya del todo por la nueva situación social y por las consiguientes cambiadas concepciones y aspiraciones del pueblo, y acaso más que nada el desconocimiento en que los jueces se hallaban de la aludida legislación, tan abigarrada y confusa, de lo cual hay bastantes indicios) obligaron á hacer del arbitrio judicial un criterio jurídico, especialmente consuetudinario.

cuente, á no ser que á éste se le utilizase en determinadas necesidades del Estado Resulta que *por esta especie de criterio económico* [no de justicia superior, objetiva y estricta, sí de pura conveniencia social] aplicado á la penalidad, unido ó separado del espíritu de venganza ó de expiación, tradicional en la ley [bastante menos, probablemente, de lo que se piensa en general], son preferidas: la muerte, á la reclusión; las mutilaciones, marca, azotes, infamia, confiscación, destierro, á la prisión propiamente dicha; y *sólo con un fin de utilidad* empiezan á bosquejarse las penas de privación de libertad, que tienen su origen en la esclavitud y toman esta forma más ó menos embozadamente».

«La esclavitud es la primera forma de privación de libertad con un sentido utilitario [análogamente á la domesticación de los animales], y la pena de galeras es una segunda forma de esclavitud jurídica, con sólo la diferencia de llamar al delincuente *forzado*, en vez de esclavo. Ya establecido este criterio, *según lo determinó la necesidad de dotar de recursos á las galeras de las diferentes escuadras que sosteníamos*, ocurre subvenir *á la necesidad de dotar de soldados, de braceros y de auxiliares á los presidios* (1), principalmente á los de Africa, desde Orán á Ceuta. Entonces se establece la pena de privación de libertad en un recinto fortificado, pena que se aplicó á los caballeros, *equivalente en tal caso á servicio militar*, y á otros delincuentes de más humilde clase *ya como servicio militar, ya como trabajo forzado*. . La necesidad, convertida en ley, y la ley obedeciendo á la necesidad, crean en la galera (en una embarcación) y en el presidio (en una plaza militar) las penas de privación de libertad, que, encarnadas en esos organismos, cuando desaparece la embarcación movida por los remos de los forzados, queda la galera, es decir, el establecimiento destinado á reclusión de mujeres delincuentes, y cuando desaparece el

(1) «Voz puramente militar, técnica y genérica de guarnición de una plaza, y aun de esta misma, según los clásicos militares».

presidio militar, queda el presidio penal, aplicado ó no á públicas utilidades.

»Este sentido utilitario continúa con la creación de los *presidios-arsenales*, los *presidios dedicados á la explotación de minas, obras públicas, carreteras, puertos, etc.*, generalizándose las penas de privación de libertad, de tal modo que, aun existiendo la galera, se imponían penas equivalentes á la del presidio, es decir, penas *de trabajos forzados ó de servicio militar*, y á la vez penas de reclusión en un hospicio ó en la galera de mujeres...

»Claramente se ve que existió en el tiempo de esos acuerdos [se refiere á unos de 1786 y 1792] *una escala de penas, determinada originariamente por la utilidad*, fijada por la tradición y estatuída definitivamente en nuestros códigos, con las variantes impuestas por el progreso de la legislación, pero sin perder su carácter, que en la organización penitenciaria aún se conserva, y tardará mucho en desaparecer» (1).

No son éstas las únicas manifestaciones que encontramos del carácter eliminativo y utilitario, que es como decir preventivo en general, de nuestro sistema penal antiguo. Otras más pueden citarse. Había en él una pena llamada de *presidio con retención*, que se ha conservado hasta hace poco, relativamente (2), y la cual era una *pena de duración* verdaderamente *indeterminada*, aplicable á los delincuentes más temibles, cuya libertad, después de haber sufrido cierto tiempo de presidio (diez años), se estimaba bastante peligrosa para la tranquilidad social.

Con esto se enlaza, acaso, la distinción entre *reos de delito infamante* y *reos de delito limpio*, establecida en varias disposiciones legales (como la *Real ordenanza para el gobierno de los presidios de los arsenales de Marina*, de 20 de Marzo de 1804, ar-

---

(1) *Anuario penitenciario*, citado, pp. 164 á 166.

(2) Hasta el Código de 1848, y aun después. Hablaban de ella las leyes recopiladas, y á ella se refiere la *Ordenanza general de los presidios del Reino*, de 1834, en varios de sus artículos, sobre todo, en los 316 y sigs., y el decreto dictado con fecha 17 de Setiembre de 1870 para dar efectos retroactivos al Código vigente, arts. 5.º y 10.

tículo 1.º, tít. I; la *Ordenanza general de los presidios del Reino*, de 14 de Abril de 1834, art. 86, obligación 4.ª, tít. II, sección primera, y el *Reglamento* de 1855 que organiza las compañías disciplinarias), y la cual tiene más conexión, probablemente, que con la separación de los autores de delitos graves y delitos leves, con aquella otra, moderna, ya mencionada (XII, p. 157), que pretende apartar á los *delincuentes por móviles deshonrosos* de los que lo hayan sido *por móviles no deshonrosos*, con el fin de aplicar á cada una de estas clases *diferente tratamiento penal*, fundado en el *diferente grado de perversidad* (ó sea de peligro social) que ambas presenten.

Y en efecto, una pragmática de Carlos III, de 1771, «clasifica á los penados en dos categorías *por razón de su perversidad presunta:* los primeros, *los menos criminales*, de los que no era de temer la horrible depravación de pasarse al moro, eran conducidos al presidio de Africa, sin permitir que se les tratase con opresión y dedicándolos á las obras allí emprendidas. *Los más graves y peligrosos*, *los incorregibles*, pasaban á los arsenales de Cartagena, Cádiz y el Ferrol, ocupándolos en trabajos de bombas y maniobras ínfimas y atados de dos en dos», para que no pudieran huir. Por igual motivo de seguridad—junto con el de utilización de las fuerzas que de los penados podían ser aprovechadas—, ni la Ordenanza de 1804, ni el reglamento de 1855, admitían en los arsenales de la Marina ni en las compañías disciplinarias á otros presidiarios sino á los que fueran «*de delito limpio*, de edad y robustez competente para las faenas de aquellos sitios» ó servicios (1).

Fines de seguridad, no de castigo propiamente dicho ni de retribución expiatoria, buscaron también nuestros antepasados con la aplicación á los penados de grillos, cadenas, esposas, ramales, cepos, grilletes y, en general, toda clase de *prisiones*, que es, al parecer, un nombre genérico que á todos estos arte-

(1) *Anuario penitenciario* citado, pp. 15, 17, 168 y 169.

factos ó útiles se daba (1). El *Anuario* dice, y parece demostrarlo suficientemente, que *el empleo de prisiones se enlaza con la mayor ó menor temibilidad del delincuente*, y añade que «la prueba de que se trataba de medios de sujeción, y no de expiación, está en que hierros parecidos á los empleados en la cárcel para aprisionar al delincuente se usaban también en el manicomio para sujetar al loco» y que «cadenas se emplean y se empleaban en las cárceles; grillos se emplean como medios de sujeción en los calabozos; esposas y cordeles usa la guardia civil para sujetar á los reos ó penados que conduce por tránsitos de justicia, como antes y en iguales condiciones se empleaba mayor y más complicado número de hierros», hasta el punto de hacer de cada galeote, «con aquella complicación de argollas, hierros, cadenas, esposas y candados, que le impedían con las manos llegar á la boca, sin poder bajar la cabeza á llegar á las manos, *una prisión en movimiento*» (2).

XXII

LAS PENAS DE PRIVACION DE LIBERTAD Y LA REFORMA DEL PENADO

La trasformación en las condiciones sociales de la nación española trajeron consigo, como queda indicado, principal-

(1) El nombre, que es antiguo, se conserva aún á principios del siglo XIX, y hasta la primera mitad del mismo. La ley 16, título XXXVIII, lib. XII, de la Novísima Recopilación prohibe á los alguaciles que consientan á los presos por causas criminales andar *sin prisiones*. El Código penal de 1822 usa también diferentes veces este término en el sentido indicado, y no en el equivalente á cárcel. El art. 57, por ejemplo, dice que «los reos condenados á presidio... estarán en él sin cadena *ni otras prisiones*, á menos que las merezcan por la mala conducta que observen»; el 60 dispone que «el reo condenado á reclusión... trabajará constantemente en el oficio, arte ú ocupación para que sea más proporcionado, *sin prisiones*, á no ser que las merezca por su mala conducta...; el 63 habla también de poner á ciertos reos en un calabozo, *con prisiones*; y el 246, *in fine*, se refiere igualmente á las *prisiones*, las cuales no parece sean otra cosa sino los grillos, cadenas, etc.

(2) *Anuario penitenciario*, citado, pp. 173 á 175.

mente en los siglos XVIII y XIX, un cambio correlativo en las formas de la penalidad. De las galeras y el destierro se derivan las penas de privación de libertad, las cuales, favorecidas en su desarrollo por otras concausas, y principalmente por el movimiento reformista del individualismo humanitario y liberal que domina en la mayoría de los países europeos desde el último tercio del siglo XVIII, y que tiene su proyección en España á partir del reinado de Carlos III, van gradualmente proscribiendo á casi todas las demás penas, y colocándose en el lugar de ellas.

Pero el sentido con que se aplicaron las penas de privación de libertad fué enteramente el mismo que acompañaba antes á aquellas otras á las cuales vinieron á sustituir. Desde este punto de vista, varió la forma, pero no la sustancia. Las penas de privación de libertad servían para eliminar, perpetua ó temporalmente, los mentados «elementos perjudiciales» de algunas localidades, y consiguientemente, para devolver la tranquilidad al ánimo de aquellas personas que, á consecuencia del delito cometido, se encontrasen alarmadas y en desasosiego por el temor de que el sujeto del mismo lo pudiera repetir. La posibilidad de las fugas se prevenía, no sólo con el encerramiento, sino también con los amarramientos y recargos de hierros de que se hablaba poco hace. Servían también esas penas para atormentar á los reos sometidos á ellas y hacerles purgar ó expiar su mala conducta, en el caso de que alguien—fuera de las víctimas más inmediatas del delito—persiguiese tal finalidad y, mediante ella, la satisfacción del sentimiento de venganza. Servían como medio de intimidación general. Y servían, por último, indudablemente, para canalizar, utilizándolas, especialmente por medio del trabajo obligatorio, multitud de fuerzas y aptitudes de que los reclusos disponían, y que éstos, ó las tenían del todo ociosas, ó las empleaban sólo de una manera antisocial y dañosa. Las penas de privación de la libertad son, pues, hasta ahora, solamente una modalidad nueva de las penas antiguas, impuesta por el cambio de las circunstancias

de la vida (lo innecesario que eran ya, v. g., los remeros para las galeras en un momento determinado).

Hay, sin embargo, que añadir que con la aparición de las penas de privación de libertad comienza á asomar la cabeza una exigencia finalista, jamas hasta ahora encerrada, á lo que parece, en los sistemas de penalidad puestos en práctica por los gobiernos. Es la exigencia propiamente penitenciaria, que persigue, aunque mezclado con otros, el objetivo de la *trasformación interna del penado*, ó sea lo que se llama la corrección del mismo. Esta trasformación pudo ser alguna vez un resultando feliz que trajeran consigo las penas de que se hacía uso (las galeras, el destierro, los azotes, la marca, la picota etc.), pero sin que nadie fuese en pos del mismo; mientras, por el contrario, ahora empieza á constituir una condición propia, y no sé si diga esencial, de toda pena. Independientemente de las variaciones que, por el motivo dicho, se habían operado en nuestro país, pasándose poco á poco de un sistema de medios penales á otro sistema de medios penales, una corriente, doctrinal y sentimental al propio tiempo, y no ya exclusivamente española, sino general, venía protestando contra la aplicación de castigos atroces ó excesivamente duros, por igual perjudiciales para todo el mundo, y pidiendo la sustitución de las penas en que ellos consistían por otras que, á la vez, se mostraran respetuosas con la personalidad del reo y con los derechos que la constituyen, y la reformaran todo lo posible, haciendo que el sometido á una pena fuese, al término de la ejecución de ésta, mejor y menos peligroso y más digno de la confianza social que antes de ser penado. Los dos movimientos, partiendo de diferente origen, vinieron á converger, y por eso las penas de privación de libertad fueron las llamadas á actuar la exigencia correccional, considerándolas como las más adecuadas á tal propósito; y por considerarlas más ventajosas que otra alguna desde este punto de vista, y tambien desde otros varios, se llegó á erigirlas en el verdadero prototipo de la penalidad.

Ya la Ordenanza de los arsenales de Marina, de 1804, «resulta una transacción entre la disciplina de la ga era, sumamente precavida y rigurosa, *y las imposiciones de la reforma penitenciaria*, que entonces adquirió gran consistencia en nuestra cultura jurídica... *El ingerto de las ideas nuevas en el sistema antiguo caracteriza nuestro modo de proceder en el sucesivo desarrollo de la reforma* y señala nuestra indecisión y nuestras vacilaciones, de las que ni siquiera hemos convalecido... *A las nuevas ideas obedece el sistema de clasificación de la Ordenanza que, de haber sido cultivado con empeño, hubiera en la práctica dado resuelto el problema de la reforma.* Con sus rigorismos y severidades, algunas excesivas, *es un germen de sistema progresivo muy adelantado*, siendo de notar que *hasta tiene su período preparatorio*, como en el sistema irlandés, del que no puede ser copia. *A la misma inspiración obedecen tantos conceptos correccionales* como pudieran señalarse en el preámbulo y en diferentes artículos, conceptos que no se compaginan con el precepto que establece (tít. IV, art. 7.º) que los presidiarios de primera clase estuvieran amarrados con cadenas, apareados; los de segunda, en ramal; los de tercera, de gratificación de uno y medio reales, con un grillete grueso, y los de dos reales con un grillete delgado (1). Pero precisamente aquí está *la tendencia*, que no es absurda y que corresponde á la evolución progresiva de la reforma, que, al implantarse en los organismos existentes, respeta aparentemente los medios de coacción (hierros, ramales, cormas, etc., empleados en la galera), pero se opone... á aquel temor que hace considerar al criminal como fiera que debe ser aherrojada para evitar sus brutales acometidas. *Es tan*

(1) «Si esto sucede en una Ordenanza *que se propone cambiar las costumbres y malas inclinaciones de los delincuentes, para convertirlos en ciudadanos útiles*, y si ese tratamiento se emplea con presidiarios de delito limpio, que son los únicos que la Ordenanza admite (tít. I, art. 1.º), considérese cuán poderosa es la influencia de la tradición penal, que así se impone á las ideas correccionales, y considérese cuanto más duro [¿para mayor seguridad é intimidación?] sería el trato con penados de mayor consideración.»

evidente esta tendencia reformista de la Ordenanza, que, en vez de perpetuar los cargos de cómitre, sota cómitre y caporal, les cambia el nombre y la significación, llamándolos *corrector* y *subcorrector* (tít. II, art. 1.º) ...» (1).

La indicada «tendencia correccional» no desaparece ya nunca de nuestras leyes por lo que á la ejecución de las penas de privación de la libertad respecta. Mas ó menos aparente y visible, queda guardada en ellas, hasta que con el tiempo se muestra vigorosa y predominante. Y se refiere ante todo, como es natural, al tratamiento de los reos jóvenes, los más susceptibles de mejora por razón de su edad y de las condiciones individuales y sociales con la misma enlazadas; pero también alcanza á los adultos. A tal tendencia obedecen aquellas prescripciones, contenidas ya en la Ordenanza general de presidios de 1834, y que luego reaparecen en multitud de disposiciones posteriores, casi todas relativas á la ejecución de las penas de privación de la libertad, por más que apenas nunca se hayan cumplido, donde se manda que los presos jóvenes estén separados de los adultos, que se les dé trabajo y educación, mental y manual, no ya, claro es, porque así lo pidan exigencias retributivas, que diríamos, y de rigorosa justicia expiatoria (pues ésta no distingue de edades en sujetos igualmente reos é igualmente imputables), sino por motivos de prevención y de consiguiente conveniencia social, ó sea para poder mejor reformarlos (2).

---

(1) *Anuario penitenciario* citado, pp. 16 y 174.

(2) Ordenanza de presidios de 1834, art. 82: «En todo establecimiento penal se tendrán *con separación los reos menores de dieciocho años de edad* de los demás reclusos, *y con ellos se formará la clase de jóvenes presidiarios*». Art. 123. «*Para la corrección de los desgraciados jóvenes* á quienes la orfandad, el abandono de los padres ó las influencias de malas compañías lanzó en la carrera del crimen antes de que la experiencia les haya revelado los males que causan á la sociedad y á sí mismos [todo esto es expresivo, á más no poder, del sentido que á la penalidad correspondiente se le deba dar], mando que *todos los presidiarios menores de dieciocho años que haya en cada presidio vivan reunidos en una cuadra ó departamento, con total separación de los de mayor*

La constante preocupación de los gobiernos, luego que se introduce, como el más general de todos, el régimen de penas de privación de libertad, por conseguir la construcción de los

---

edad». Art. 124. «El director general de presidios me propondrá *una instrucción particular para el departamento de jóvenes presidiarios, y los medios de establecer escuelas de primeras letras y las demás enseñanzas necesarias para reformar la educación de esta clase de confinados*». Art. 125. «El departamento de los jóvenes consistirá en ... *y espacio para las labores y manufacturas*». El art. 126 dispone que hasta en la misa, á la cual *han de ir presididos por un maestro*, «estén con la separación posible» jóvenes y adultos, en el caso de que, por no haber más de una, tengan que asistir á la misma todos ellos. El 127 manda que «los jóvenes han de tener también *sus maestros de artes ú oficios*», aunque elegidos de entre los mismos presidiarios por el comandante. Y el 128 ordena «*sean recompensados*, á costa de los fondos del establecimiento, *los que sobresalgan por su aplicación en el oficio á que se dediquen*». Un real decreto de 9 de Junio de 1838, fijando los requisitos para plantear las bases del sistema propuesto por la Comisión especial de cárceles, dice que los establecimientos carcelarios que se crearan habían de reunir, entre otras circunstancias, ésta: 2.ª «Que tengan la extensión necesaria para establecer la separación entre ambos sexos [el art. 59 del Código de 1822 decía sobre esto: «Habrá casas de reclusión diferentes para los dos sexos], *entre jóvenes y viejos*, entre reos de delitos atroces y los que no se hallen en este caso, y entre los incomunicados». Las citadas bases para el arreglo de las cárceles de Madrid, que habían de servir de modelo á todas las del Reino, fueron presentadas por la respectiva comisión al ministro de la Gobernación (de quien entonces dependían y dependieron hasta mucho después las prisiones), y éste, habiéndolo aprobado, ordenó á los jefes políticos de las provincias, por real orden de 6 de Abril de 1844, que procuraran hubiese en las cárceles aseo, salubridad, *separaciones* de sexo y *edades* de acusados y sentenciados, de presos por delitos graves, leves y políticos; ocupación, instrucción y disciplina, y aislamiento en cuanto la situación del edificio lo consintiera. El reglamento de 5 de Setiembre de 1844 para el orden y régimen interior de los presidios del Reino preceptuaba también lo siguiente: «*Se destinará á la sección de jóvenes* á cuantos tengan ingreso en los establecimientos, *menores de dieciocho años. Se aplicarán á talleres* que elijan... *Se les precisará asistir diariamente á la escuela de primera educación*... Permanecerán en esta sección hasta la edad de veinte años... Elegirá el comandante para cabos de esta sección... *sujetos de conducta ejemplar, moralidad más sana y mejores principios*, á fin de que infundan á estos *seres desgraciados* ideas *que los conduzcan á su futuro bien*; en el concepto de que, según su comportamiento y esmero en este servicio, que se estampará en su respectiva hoja, se graduará su mérito para la opción á rebaja». La finalidad de la reforma interior por medio de la pena parece enteramente clara. Y sigue diciendo el mismo

oportunos y adecuados edificios para la ejecución de estas penas, de manera que resulte de ella el mayor beneficio posible para cuantos individuos constituyen el Estado, demuestra

---

reglamento: «En esta sección tendrán ingreso los jóvenes penados de todas clases, *incluso los destinados á Africa, que se aplicarán también á las escuelas y obradores...»*. El real decreto de 25 de Agosto de 1847, aprobando el reglamento para las cárceles de capitales de provincia, distribuye el edificio en apartados, el primero de los cuales (departamento para hombres) comprende una sección, la 6.ª, destinada *á los jóvenes que no lleguen á la edad de quince años*, y del segundo, que es para las mujeres, dice que «será subdividido en los mismos términos que el de los hombres, *separando de las adultas las que no lleguen á la edad de doce años*». También preceptúa que haya *talleres* y regula (arts. 65 y sigs.) el funcionamiento de los mismos. La citada ley de 21 de Octubre de 1869, fijando bases para la reforma de las cárceles y presidios, dice: Base segunda: «Se procederá desde luego á la reforma y mejora de todas las cárceles... para darles las condiciones... indispensables para que los detenidos estén debidamente *separados* por grupos ó clases, según su sexo y *edad* y la gravedad de los delitos por que fueron procesados...» Base quinta: «También se procederá desde luego por el mismo ministro y la Dirección general del ramo á realizar las reformas y mejoras que tienen proyectadas respecto de los presidios de todas clases y de las casas de corrección, *y á plantear el mejor sistema penitenciario* para nuestro país, que es el sistema mixto, ó sea el de separación y aislamiento de los penados durante las horas de la noche, con el trabajo en común durante las del día; pero por grupos y clases, según la gravedad de los delitos, *la edad, inclinaciones y tendencias* de los penados [este dato, tan importante, que aparece aquí, acaso por vez primera, aunque implícito está en preceptos anteriores, vuelve luego á aparecer en disposiciones recientes sobre la ejecución de las penas, algunas de ellas ya citadas], su buena ó mala conducta, *y todas las demás circunstancias que puedan contribuir á su corrección y enmienda*, á la expiación y al *arrepentimiento, á su instrucción y á su moralidad, y empleándose todas las influencias y elementos moralizadores que seguramente pueden conducir á aquel resultado*, separando todos los gérmenes ó motivos de corrupción y evitando ciertos castigos y correcciones crueles y degradantes». En las disposiciones posteriores á esta época, y sobre todo desde que aparece legalmente implantado el régimen ó sistema penitenciario llamado progresivo, la idea de la agrupación de los reclusos que cumplen penas de privación de libertad, no ya sólo por edades, sino, aun dentro de éstas, según lo piden «las inclinaciones y tendencias de los penados, su buena ó mala conducta, y todas las demás circunstancias que puedan contribuir á su corrección ó enmienda», podemos decir que se ha convertido ya en axiomática. Así sucede en especial desde 1886 en adelante. Este año de 1886 es quizá aquel en que se comienza á dar los pasos más resueltos en este sentido, como lo indica la real orden de 25 de Octubre aprobando la Instruc-

igualmente el arraigo que entre nosotros va poco á poco alcanzando la tendencia correccionalista. La historia de nuestra arquitectura penitenciaria (1) es un esfuerzo ininterrumpido por obtener las edificaciones adecuadas. Tendemos primero á tener prisiones acondicionadas de modo que en ellas pueda implantarse el sistema de clasificación por grupos de los penados, juntamente con los demás requisitos para conseguir la reforma de éstos. Pasamos luego á proyectar, y en buena parte á construir de nueva planta, ó á habilitar algunas de las cárceles ya existentes, á fin de que pueda aplicarse en ellas el aislamiento celular, considerado durante algún tiempo, y aun hoy todavía por muchos penitenciaristas, como el ápice del progreso en la materia. Y no nos han faltado tampoco preceptos legales en

ción para el servicio de las cárceles de Audiencia establecidas por real decreto de 15 de Abril del mismo año. Entre las prescripciones generales de esa Instrucción se encuentran, en efecto, las siguientes: 5.ª ... «El destino de los penados á las secciones se hará por el director de la prisión, *teniendo en cuenta las condiciones personales que resulten del expediente del corrigendo*, para procurar que haya *la mayor separación entre los reincidentes y los que no lo sean;* pudiendo tomar como base para la organización de las secciones ó brigadas, en su caso, el tiempo de condena; de modo que formen en distintos grupos los que se encuentren en el primer tercio de la condena, los que hayan pasado al segundo y los que vayan cumpliendo el tercero y estén próximos á su licenciamento; *sin perjuicio de separar, dentro de cada grupo, los penados de menos criminalidad* [¿legal, ó potencial, que diríamos, ó sea la capacidad delictuosa?] *de aquellos cuyos delitos revelan mayor perversión moral*». (En esta prescripción está el germen, luego desarrollado en reales decretos de 1888, 1901, 1903, 1907, etc.) 6.ª Los celadores... deberán tener cumplidas dos terceras partes de la condena *y no ser reincidentes*». 16. Los penados que *por razón de su conducta* lo merecieran serán premiados por el director del establecimiento: con permisos para comunicaciones extraordinarias con sus familias...; con vales de recomendación, que les darán *preferencia para los puestos de mayor confianza;* con relevarlos del turno en los servicios mecánicos del establecimiento; y con *notas favorables* en el expediente, *para que surtan sus efectos en el indulto*, si se intentase». (También este recurso de los premios—con las correspondientes correcciones: prescripción 17—, que acompaña al sistema penitenciario «progresivo» como uno de sus elementos esenciales, reaparece luego en otras disposiciones, según hemos de ver.)

(1) Perfectamente trazada por el *Anuario penitenciario* de 1889, pp. 11 y sigs.

que se dispone la edificación de penitenciarías especiales, como pasa, aparte de otros (1), con el real decreto de 22 de Setiembre de 1889, el cual establece colonias penitenciarias, penitenciarías generales (ó «verdaderas penitenciarías», según el decreto), colonias de jóvenes delincuentes y de libertos, penitenciarías hospitales y manicomios judiciales (2).

XXIII

CENSURAS LEGALES DE LAS PENAS NO CORRECCIONALES

El propósito correccional de las penas de privación de libertad—que en la Ordenanza de los arsenales, de 1804, apunta tímidamente junto á los otros de seguridad y utilización del reo, muy predominantes, y hasta poco menos que exclusivos á la sazón—va con el tiempo cobrando importancia, hasta adquirirla igual, si no superior á éstos. Así lo demuestran las observaciones que dejamos hechas y los preceptos legales citados.

Pero no se detiene aquí el movimiento. Se quiere llegar mucho más adelante, convirtiendo lo secundario en principal y haciendo pasar lo que era antes principal á la categoría de secundario. Es decir, que se tiende á organizar el sistema de las penas de privación de libertad—casi las únicas que sobre-

(1) V. g., el real decreto de 13 de Diciembre de 1886, creando una penitenciaría-hospital en el Puerto de Santa María, y el reglamento correspondiente, aprobado por real orden de 20 de Marzo de 1894.

(2) Parece este real decreto inspirado en el proyecto de ley de prisiones presentado al Senado por el Sr. Alonso Martínez el día 7 de Abril de 1888, cuyo art. 5.° admitía, junto á otras clases de establecimientos destinados á la privación de la libertad, algunos que llamaba *penitenciarías generales* y *penitenciarías especiales*, perteneciendo á esta última clase, según el art. 8.°, las destinadas, respectivamente, á reincidentes; á jóvenes que al tiempo de delinquir no hubiesen cumplido veinte años ni fueren reincidentes; á mujeres; á enfermos crónicos, inválidos y septuagenarios; manicomios judiciales; colonias agrícolas ó industriales; secciones destinadas al servicio de arsenales, maestranzas, puertos y obras de fortificación; y escuelas correccionales ó de reforma.

viven—de tal modo, que con ellas se logre, ante todo y esencialmente, la mejora ó trasformación interior de los sometidos á las mismas, y sólo como fines secundarios, aunque también apetecibles, y de todas maneras subordinados al de la corrección del delincuente, y como condiciones ó requisitos útiles para lograrlo, los de la sujeción física y la ocupación del reo en trabajos obligatorios que proporcionen algún rendimiento al Estado. Y por eso se tienen por inútiles ó perfectamente dañosos, y en lo tanto condenables y merecedores de ser proscritos, cuantos medios y cuantos sistemas penales no sean adecuados para la reforma de los penados.

De algún tiempo á esta parte, apenas se publica en España disposición alguna referente á la ejecución de las penas en la que no se encuentre semejante condenación, más ó menos explícita, á la vez que la reiterada é insistente afirmación de que no hay otro sistema penal valedero y recomendable más que el correccional (1).

Ya el real decreto de 4 de Octubre de 1877, por el que se crearon Juntas de reforma en las cabezas de partido judicial «para proceder á la trasformación de las actuales cárceles de procesados, ó á la construcción de otras nuevas arregladas al sistema celular ó de separación individual» (el preconizado por el correccionalismo de aquella época), persigue la trasformación de referencia porque las cárceles á la sazón existentes (no obstante que ofrecieran condiciones de seguridad, y no digamos si condiciones para hacer que los presos «purgaran y pagaran» sus delitos, pues, para esto, cuanto más lóbregas, estrechas é incómodas fuesen, tanto mejor servirían) merecían ser calificadas, según el decreto, de *borrón en nuestros anales contemporáneos y vergüenza en nuestras costumbres*.

Por real decreto de 23 de Junio de 1881 se creó un Cuerpo especial de empleados de establecimientos penales, para con-

(1) ¡Esto, cuando son tantos los que dan por relegado al olvido el correccionalismo: probablemente, hasta no pocos autores ó colaboradores de las disposiciones legales que van á ser citadas!

tribuir «tan de prisa como pueda consentirlo el estado... del Tesoro público á la necesidad de continuar la tarea de la *reforma penitenciaria*»; y entre las razones que, según el preámbulo de ese real decreto, movieron al gobierno á la dicha creación, está la de que están «los establecimientos penitenciarios convertidos á las veces, *más que en casas de corrección* [para cuyo fin, por lo visto, deben estar organizados (1)], *en focos de mayor perversidad y en sentina de peores vicios que aquellos que están llamados á extinguir los confinados*».

El real decreto de 23 de Diciembre de 1889 convirtiendo en colonia penitenciaria el penal de Ceuta hacía en su preámbulo estas afirmaciones: «Entre los problemas que *con mayor apremio* exigen en nuestro país la atención de los gobiernos, figura *en primer término la reforma penitenciaria*... porque las necesidades, cada día más urgentes, del derecho moderno piden un sistema completo, *capaz de sustituir* en la práctica *al antiguo régimen presidial*, con éxito semejante al obtenido ya por otras naciones más afortunadas .. y porque en lo que respecta, sobre todo, al número y capacidad de los edificios dedicados al cumplimiento de las condenas, *la situación actual es, sin duda alguna, insostenible*... Hay que buscar *pronto remedio al espectáculo que ofrecen en general nuestros penales*, donde, por falta de espacio, resulta difícil atender cumplidamente á la *higiene* física y *moral* del recluso. *La celda y el taller son los dos medios eficaces de regeneración del culpable; y no habiendo términos hábiles de observar el régimen de separación individual, ni de proceder en grande escala á la organización del trabajo*, habrán de ser exíguos los resultados que alcance [en la vía regeneradora] la más celosa é inteligente iniciativa. La aglomeración de los penados en las cuadras, durante la noche, y la forzada ociosidad de muchos de ellos, en el patio, por el día, están solicitando *una reforma radical* de nuestra arquitectura penitenciaria».

(1) En efecto, así resulta del primer párrafo del mentado preámbulo y de todo el contexto de éste.

Otro real decreto de 22 de Mayo de 1899, reorganizando la Junta Superior de prisiones á fin de convertirla en «elemento de gran valor en la *obra regeneradora de mejorar nuestros establecimientos carcelarios* y auxiliar importante en la tarea de imprimir decidido impulso á las aplicaciones de la ciencia penitenciaria, con el propósito de que España ocupe digno lugar [que, á lo que parece, no ocupa] entre las naciones más adelantadas en la resolución de los múltiples y complejos problemas que con ella se relacionan», dice también que «desgraciadamente, *en España los establecimientos penales no están en su mayor parte en armonía con el importante objeto* que deben cumplir [que es, según el mismo preámbulo, el de «responder al doble fin—que no determina, pero que parece ser el de la seguridad y el de la reforma interior del reo—de las penas privativas de libertad»], y apenas llenan otro que el de la mera reclusión [el cual, según se ve, no es bastante satisfactorio para nuestro legislador, ni aun yendo acompañado del padecimiento y el duro trato del preso], *con los graves inconvenientes que presenta la forma que es más común en los mismos*».

Más expresivos aún que los anteriores, y lo son mucho, como se acaba de ver, están otros reales decretos de fecha recientísima. El de 27 de Mayo de 1901, reorganizando el personal de prisiones, contiene en su exposición de motivos todas estas graves y precisas afirmaciones: «Los progresos que en los últimos años ha realizado la ciencia penitenciaria, *relativos á la corrección y reforma del culpable*, hacen preciso un estudio detenido de la *precaria situación* y del *lamentable atraso en que se encuentra este importantísimo ramo de la administración pública en nuestra patria* (1), á fin de llevar á él las mejoras que sean

(1) «No se recomiendan nuestros establecimientos penitenciarios como escuelas de moralización y de virtudes», decía, siendo ministro de Gracia y Justicia, el Sr. Conde de Torreanaz, en el preámbulo de su proyecto de ley sobre condena condicional; con lo que parece lamentarse de que no sean lo que debieran ser, y á cuya situación pretendía por eso poner remedio, á lo menos en parte, con la ley proyectada. Y añadía: «El que es recluído en ellos por primera vez

compatibles con la *carencia de penitenciarías adecuadas que respondan al cambio y á las exigencias requeridas por el nuevo sistema para entrar en el concierto de los pueblos que á estos trascendentales problemas han dedicado grandes capitales y perseverante labor...* Esfuerzos generosos se han hecho por ilustrados pensadores para llevar á la opinión pública la *penosa impresión que produce en toda conciencia sana el estado deplorable en que se encuentran nuestros establecimientos penales y carcelarios y el censurable abandono del recluso, constreñido á forzosa holganza, y como consecuencia indeclinable al vicio y á la corrupción*, sin que en su pensamiento germine otra idea que la del odio á la sociedad en que ha vivido, el fomento de las malas pasiones, alimentadas por el pernicioso medio ambiente en que se mueve, convirtiendo nuestras prisiones, *no en escuelas de reforma*, cual requieren los modernos progresos que las humanitarias enseñanzas realizan, *sino en aprendizaje del vicio y de la delincuencia*,

---

sin haber perpetrado un delito que arguya verdadera perversidad [no la gravedad objetiva, ni el libre albedrío, ni la imputabilidad, ni nada parecido preocupaba, según se ve, al ministro, sino la perversidad ó la carencia de perversidad en el delincuente], difícilmente se sustrae al contacto de perniciosos ejemplos y deja de aprender las malas artes del delincuente avezado». (Lo que, sea dicho entre paréntesis, debiera, me parece á mí, dejar indiferente á quien no persiga con las penas sino la retribución, castigo ó expiación del delito ejecutado; pues pena que castigue y haga padecer, ó que retribuya al reo en la proporción merecida, será pena que cumple su fin, independientemente de que produzca ó no otros efectos, de los cuales la justicia penal, como tal, debe desinteresarse, aun cuando no se deban desinteresar—y esto ya es otra cosa—los encargados del gobierno y el bienestar sociales, ó digamos, para claridad mayor, las funciones de previsión y policía, que no son, según se dice á todas horas, propias del derecho penal.)

También el preámbulo del proyecto de ley de condena condicional presentado á las Cortes por el marqués de Figueroa justificaba la innovación proyectada de este modo: «*La falta de eficacia que ofrecen para la corrección* las penas de privación de libertad por corto período de tiempo es el fundamento de esta reforma, *que en nuestro país aconseja también la condición deficiente* ¿deficiente para qué? ¿para tener recluídos y seguros á los presos? ¿para castigarlos y hacerlos sufrir? ¿para intimidar á los demás con el ejemplo?; ¿ó para *mejorarlos y corregirlos?, de los establecimientos en que las condenas se cumplen*».

que lanza á la sociedad libertos amaestrados en el crimen, hombres peligrosos para sus semejantes y para la tranquilidad social, elementos malsanos para la patria, propensos siempre á la realización de hechos criminosos y al fomento del desasosiego y malestar en las poblaciones á donde llevan sus corruptoras enseñanzas... Nuestras cárceles son «por regla general, *centros de corrupción y de vicio*», y «nuestros establecimientos penales, *bochornosas escuelas de criminalidad...*» *No es posible que por más tiempo perdure en España el vergonzoso abandono en que vivimos...* Y como no hay medio de cerrar los ojos á la evidencia, ni que continuemos siendo *una excepción deplorable en Europa, preciso es que nos decidamos á dar comienzo á la reforma*, con resuelto y firme propósito de llevarla á cabo...» (1). Y el real decreto de 23 de Marzo de 1907, sobre el cumplimiento de penas en el Reformatorio de jóvenes delincuentes establecido en Alcalá de Henares, remacha estos conceptos, diciendo que «la condición de nuestras prisiones aflictivas» malogra todos los esfuerzos que se hacen para «atajar y evitar» el mal del delito «en los tempranos brotes, manifestaciones primeras del instinto del mal, con «métodos y trabajos de *corrección y de reforma*».

XXIV

SENTIDO DE LA REFORMA PENITENCIARIA

La condenación de lo que tenemos—ó sea de las penas de privación de libertad, cumplidas por los actuales modos «de mera reclusión, con los graves inconvenientes que presenta la forma que es más común en los mismos», y de la cual acabamos de dar indicaciones bien significativas—no puede ser, pues, más terminante por parte de los poderes públicos encar-

(1) Del estado de nuestras prisiones se ha dicho mucho, siempre en son de censura, tanto por escritores nacionales como por algunos extranjeros. Pero nadie ha llegado á pintarlo más negro y antiracional, ni acaso tampoco tanto, como la disposicion legislativa cuyos son los trozos reproducidos en el texto.

gados de la dirección y gobierno supremo de la materia, en nombre de la conciencia social y de sus intereses.

Y es de advertir que en esta obra no hay excepciones en los gobiernos. Todos los que han estado al frente del mando desde hace tiempo, sea cual sea su composición y el partido político á que pertenezcan, han tenido en este punto un mismo pensamiento fundamental y han ido animados de un mismo espíritu, que es el de reconocer la necesidad de una radical reforma penitenciaria, no obstante que haya que irla haciendo con la prudencia y la parsimonia que forzosamente han de acompañar siempre á las empresas de esta clase. Ahora, sobre la finalidad á que tal reforma debe tender y sobre los procedimientos en que han de consistir, también hay un innegable acuerdo. Cuantas disposiciones se han dado hasta el presente para irla preparando ó para empezar á acometerla giran en torno de este pensamiento central y básico: las penas de privación de libertad deben cumplirse de manera que mejoren al que las sufre, volviéndole, de malo socialmente, socialmente bueno; de dañoso y peligroso, útil y merecedor de la confianza de sus convecinos y coasociados.

Los testimonios legales que comprueban esta clarísima tendencia son por demás abundantes. Sin recordar muchos de los ya mencionados, donde la misma está harto marcada, es imposible dejar de advertirla como dominadora, bien podríamos decir que exclusiva, durante el último ventenio. Para el autor del real decreto de 23 de Diciembre de 1889, dando al penal de Ceuta el carácter de colonia penitenciaria, en el sistema que pretende implantar «prevalece el propósito de someter la vida penal á un proceso análogo al que caracteriza á todo organismo viviente, *á fin de que el penado, por naturales gradaciones, rectifique y desarrolle la actividad de su espíritu*, y, al propio tiempo que sufre el castigo (1), *vaya poco á poco pre-*

(1) Esta es una concesión tímida á las concepciones retributivas, probablemente para acallarlas, por si las innovaciones del decreto parecieran demasiado radicales.

parándose para la vida libre, á la que puede volver tarde ó temprano». Y para conseguir este objetivo, se sigue otro procedimiento que el puesto en práctica por el régimen celular «rigurosísimo de constante aislamiento, donde ni se tuvieron en cuenta las cualidades propias de cada pueblo, ni las que separan de los demás á cada penado, *marcando en ellos variedad de matices que arrancan del fondo del carácter y requieren diferencias esenciales en el tratamiento á que han de ser sometidos*, ni la distinción genérica obligada *entre cuantos ofrecen esperanzas de enmienda, y aquellos que por su habitual reincidencia deben ser calificados de incorregibles* .. Para ello preciso es ordenar, con las variantes requeridas por la naturaleza de cada país, un procedimiento complejo, *en el que se combinen y sucedan la separación, la enseñanza, el taller, la actividad agrícola ó industrial* con relativa independencia y, en suma, cuantos elementos constituyen las múltiples relaciones humanas, traídas y acomodadas al recinto presidial, *de forma que puedan correr unidas sin contrariarse, la pena y la redención* (1). Poniendo en juego toda clase de factores para esta obra capitalísima, *se aspira á dignificar al penado con el trabajo, á comprometerle en el camino del bien con el incentivo poderoso del interés personal, á elevarle en su propia estimación y en la de los demás, conforme su conducta lo merezca y á suministrarle el medio de volver ilustrado, útil y laborioso al seno de aquella sociedad, de donde le arrojaron las consecuencias de sus pasiones, de su ociosidad ó de su miseria.* Y si después de esto [ó sea, una vez empleados los medios que tienden á lograr la redención del apasionado, el ocioso, el miserable, de todo penado en general], hay individuos que, reintegrados á la vida libre, una vez extinguida su condena, delinquen de nuevo [demostrando con su posterior conducta la ineficacia del tratamiento redentor y reformador que se les ha

(1) Era quizá demasiado pronto todavía para aventurarse á decir, en un documento oficial: *la pena*; *medio de redención;* y por eso vuelve aquí la amalgama que ya se notó antes entre «el castigo» y «la regeneración del culpable».

aplicado], justo será reconocer que el Estado ha hecho lo posible *por evitarlo* (1), y que si faltan en lo humano (2) resortes eficaces para trasformarlos, les corresponderá en adelante (3), un tratamiento puramente represivo, en prisiones especiales, donde permanezcan [por razón de su peligrosidad] tan inaccesibles al comercio de las gentes, como es irrevocable su rebeldía». El decreto desenvuelve estas ideas en su parte preceptiva, estableciendo, entre otras cosas, el sistema progresivo para el cumplimiento de las condenas, dividiéndolo en cuatro períodos «que representan el grado de adelanto de cada penado, *en su adaptación á la vida libre*» (art 4.º); grado de adelanto que se traduce en la conducta que observe y que se aprecia por medio de vales, etc.

Habla de una «reforma total, amplia y radical, indispensable, que habrá de acometerse, aun cuando no por el momento», en los establecimientos penitenciarios «para el cumplimiento de la ley penal, cual corresponde á los *trascendentales fines de la pena*», el real decreto de 22 de Mayo de 1899; y como uno de los medios al efecto oportunos, cree necesaria la organización de corporaciones oficiales, que contribuyan al «elevado fin de procurar *el mejoramiento moral de los presos, el amparo de niños viciosos ó abandonados, y la protección de los penados cumplidos, convirtiendo á unos y otros en seres útiles para sí y sus semejantes*, en la vida de la sociedad y del derecho (4).

De la propia manera, el real decreto de 27 de Mayo de

(1) Quizá es ya excesiva esta afirmación; limitándola del siguiente modo: «El Estado lo ha hecho lo posible por evitarlo, *dentro de los medios de que al presente es capaz de utilizar*», se hubiera probablemente mantenido el ministro en terreno más firme.

(2) Véase la nota anterior.

(3) Como á la desesperada, y haciendo recaer sobre el reo las consecuencias de una torpeza, no imputable á él, sino al Estado. Lo mismo hace éste otras veces, v. gr., en la aplicación de la ley relativa á la condena condicional. Véase mi artículo *La nueva ley de condena condicional*, en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*; t. CXII, número de Mayo-Junio de 1908, página 356, nota.

(4) Preámbulo. A este fin responde el núm. 6.º del art. 1.º

1901 declaraba que «*la reforma moral del penado es el fin primordial* que se debe perseguir al reformar *el viejo y desacreditado* sistema penitenciario de nuestras cárceles y presidios», y se proponía «implantar en nuestros establecimientos penales y carcelarios *las sabias doctrinas y los progresos que la ciencia penitenciaria ha realizado para influir en la moralización del recluso y convertirle en hombre laborioso y útil á sus semejantes*», con el objeto de hacer que nuestros establecimientos penales [«bochornosas escuelas de criminalidad», según hemos visto que los califica el mismo decreto] lleguen á convertirse en «*hospitales de curación de las enfermedades morales*, en los que se observe atentamente el curso de la dolencia, aplicándole los remedios que se consideren necesarios para *procurar la salud del enfermo y devolvérselo á la sociedad honrado y laborioso*».

Poco tiempo después, el mismo ministro (el marqués de Teverga) que refrendó el anterior decreto recalcaba estos propósitos correccionales en la ejecución de las penas en los preámbulos y en la parte dispositiva de otros dos decretos: el de 3 de Junio de 1901, estableciendo los sistemas progresivos y de clasificación para las prisiones en que se extingan penas aflictivas y correccionales (es decir, para la casi totalidad de los penados), y el de 17 del mismo mes y año, creando en Alcalá de Henares una Escuela central de reforma y corrección penitenciarias para jóvenes delincuentes y una sociedad de patronato. El primero de estos decretos generalizó á todas las prisiones citadas la aplicación del sistema [correccionalista] denominado irlandés, llevado al penal de Ceuta, según se ha visto, por un real decreto en 1889; generalización que el ministro que lo suscribe creía que había de producir un «beneficio grande *para la moralidad y corrección del culpable*, en consonancia con los fines jurídicos de la pena». «Todos los funcionarios afectos al régimen del establecimiento en que sirven —añade la exposición de motivos—, y cada uno dentro de su esfera, tienen el deber de contribuir á su mejoramiento y *á la reforma del penado*».

Mucho más insistentes y terminantes están las afirmaciones correccionalistas en el preámbulo del real decreto de 17 de Junio de 1901, estableciendo en Alcalá una Escuela de reforma y corrección para jóvenes delincuentes menores de dieciocho años. El título de la institución comienza ya por ser demasiado expresivo: no se trata de una cárcel, ni de un presidio, ni de una prisión, ni siquiera de un establecimiento penitenciario; *se trata de una escuela*, destinada, como todas las de su índole, á educar y desarrollar el espíritu, favoreciendo las buenas inclinaciones y aptitudes y contrarrestando, reprimiendo ó desarraigando, si ello es posible, las malas. «*Importa alejar de la nueva institución*, según el autor del decreto, *todo lo que signifique ó recuerde viejos procedimientos presidiales*, que siempre deprimen y *nunca corrigen, y hacer que en ella resalte el carácter educativo y reformador*, concordante con los fines que viene á realizar»; aun cuando—probablemente por la misma razón que antes apuntamos al hablar del decreto de 23 de Diciembre de 1889 (1)—á renglón seguido se vuelve atrás, en parte, de tal atrevimiento, diciendo: «pero habrá de mantenerse la nota penitenciaria, pues al fin y al cabo se establece para buscar y conseguir la redención *del culpable*, la que *jamás se logra sin sufrimiento y penitencia*». Los fundamentos que el ministro alega como determinantes de su disposición son principalmente éstos, que el lector verá si son valederos para una pena retributiva y expiatoria, que castigue, ó si solamente lo son para una medida ó tratamiento correccional y protector (aunque á la vez, y por eso mismo, socialmente defensivo y preservativo) «Si debe atenderse al criminal adulto, *bien para corregir su natural pervertido y peligroso, bien para defender á la sociedad de sus amenazas y ataques* [y para castigarle y hacerle pagar y expiar la culpa de un delito ¿no?], cuidarse debe también, con solicitud mayor, de los jóvenes culpables, á quienes la holganza, la miseria ó la codicia empujan á la cárcel, ó vi-

(1) V. las pp. 303 y 304 con sus respectivas notas.

cios de educación y aviesas inclinaciones les hacen incompatibles con la vida de familia. Nada hay tan doloroso como el espectáculo de la delincuencia precoz. Por esto, cuantos sacrificios se hagan para paralizar mal tan profundo, ya que no sea dable su completa curación, estarán bien empleados y habrán de traducirse en valiosos servicios á la patria, en debida satisfacción á la justicia y en firme garantía de la sociedad. *Proceder de otro modo* [como sucede con las penas que sólo castigan ó sólo se proponen la seguridad material del delincuente, por el encerramiento del mismo], *es dejar que fomente la levadura del crimen y mantener á sabiendas un plantel de futuros malhechores*: que el hombre que vive en el desamparo y en el desprecio social, sin mano que le guíe ni freno que le contenga, espoleado por el hambre y envilecido por la ignorancia y la miseria, cuando es niño se dedica al hurto, en la adolescencia se siente más fuerte y dispuesto para mayores desmanes, cuando llega á su completo desarrollo y une á la mayor edad más grande depravación, truécase en criminal sangriento y en declarado y terrible enemigo de la sociedad, que nada hizo para apartarle de la carrera de la delincuencia y librarle de la perdición. La negra historia del mayor número de los forzados en Ceuta ofrece esta gradación en el camino del mal. *Es preciso, pues, atajarle*, y á eso tienden los esfuerzos del ministro que suscribe el presente decreto. *Para conseguirlo*, en el grado que sea dable, *estima de necesidad la creación de una Escuela de reforma y corrección*, en la que ingresen los jóvenes á purgar la pena impuesta á su culpa, al mismo tiempo (1) que *á recibir la conveniente enseñanza que les ilumine y les lleve por los senderos del bien*, adquiriendo los conocimientos necesarios y la habilidad precisa para ejercer un oficio que, en la vida libre, *les permita em-*

---

(1) Esta amalgama ó yustaposición de aspiraciones y finalidades verdaderamente antitéticas, es lo que persiguen muchos actualmente con las penas. Pero buscan un imposible, á mi modo de ver, aun cuando ahora no es ocasión de decir las razones de ello, que quedan para otro lugar.

plear su actividad útilmente y proporcionarse medios de subsistencia con honrado trabajo». El empleo del «sistema mixto progresivo, con todos los elementos que le integran: el aislamiento en la celda, la industria fabril en el taller y la agrícola en el campo, la instrucción en la escuela, las ceremonias del culto y las prácticas religiosas en la capilla, las comunicaciones con sus familias en el locutorio y las visitas de personas caritativas y de notoria honradez en el establecimiento», son los medios en que el ministro pone su confianza, para que, «operando en conjunto, produzcan el mejor resultado que la reforma persigue, influyan en los jóvenes... *les dignifique y levante en el concepto moral, haciendo renacer en su espíritu sentimientos de honradez y propósitos de enmienda*» (1).

La finalidad correccionalista de nuestras instituciones dedicadas al cumplimiento de las penas de privación de libertad no desaparece ya nunca del ánimo del legislador español. Muy por el contrario, va más cada día en incesante *crescendo*. Si al presente tenemos un reformatorio oficial para delincuentes menores de veinte años, del que se procura «alejar todo lo que signifique ó recuerde viejos procedimientos presidiales», haciendo que resalte en él, por el contrario, «el carácter educativo y reformador», por reconocerse que «en la actualidad es doctrina corriente, sancionada por las decisiones de los países más adelantados, la de que las instituciones definidamente pe-

(1) El articulado del decreto corresponde á estos anhelos manifestados en la exposición de motivos. Así, v. g., el art. 3.º establece el sistema progresivo, dividido en cuatro períodos, que los artículos siguientes dicen cómo se han de cumplir, y el 26 preceptúa que «los reclusos serán visitados por los jefes, capellán, maestro y médico de la prisión, con la mayor frecuencia posible, *para influir en su espíritu y disponerles al arrepentimiento, encaminarles por la senda de la corrección y de la reforma moral*». ¡Y luego dirán que al Estado sólo le importa la corrección ó enmienda *jurídica* (recuérdese lo que dejamos dicho, p. 176), y que proponerse la reforma moral del hombre es invadir un terreno que no es el suyo! El lector habrá visto cuántas veces, y no sólo ahora, ha dicho el legislador que persigue la dicha reforma *moral* de los penados.

nales son contaminadoras para los jóvenes, á quienes, por eso, se les preserva llevándoles á otros establecimientos, *cuya significación es de muy diferente índole y cuya norma es esencialmente pedagógica»* (1), debe advertirse que los poderes públicos en España han entrado resueltamente, á lo menos con las declaraciones hechas en varios preceptos obligatorios, por la vía del tratamiento correccional, incluso para los delincuentes adultos y mayores de edad, queriendo convertir *todas* las cárceles y prisiones en verdaderos reformatorios.

Es de recordar á este efecto, ante todo—aparte de el de 12 de Marzo de 1903, de que se hablará más adelante con otro motivo, y el preámbulo del cual dice que (para todos los delincuentes sin distinción, y no tan sólo para los jóvenes) va siendo «sustituída la noción expiatoria de la pena por la de *profilaxia y tratamiento* de un mal de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados»—, el real decreto de 18 de Mayo de 1903, sobre *tratamiento correccional y tutelar de los reclusos* (de *todos* los reclusos), y cuyo sólo título es ya un gran indicador de sus tendencias. Veamos algunas de sus disposiciones, por demás significativas, advirtiendo que están vigentes (2): «La privación de libertad, *definidora del estado penal*—dice el art. 1.º—, será entendida como *sometimiento forzoso del penado á un régimen de tutela* (3), *con el único fin de evitar*

---

(1) Así lo dice el preámbulo del real decreto de 8 de Agosto de 1903, sobre el tratamiento de los jóvenes delincuentes.

(2) Apenas se han llevado á la práctica. Pero lo que á nosotros ahora nos importa es la tendencia y el espíritu que revelan en el ánimo del legislador, representante, según se dice á menudo, del alma colectiva y de la conciencia social. Por otra parte, ya él mismo se curaba en salud, y en la exposición de motivos del real decreto consignó por eso estas palabras: «*Lo que importa*, ya que los nuevos procedimientos no se pueden imponer por improvisación, requiriéndose el trascurso del tiempo para que la perseverancia inteligente les dé arraigo, *es señalar derroteros y producir actividades que vayan allanando el camino*... La sola proclamación de un principio influye en las rectificaciones de la conducta, que tiende á acomodarse á las nuevas orientaciones.. »

(3) La pena de privación de libertad—la única ó casi única que existe hoy entre nosotros—es, pues, un medio tutelar, y el sometido

el delito aplicando á los delincuentes un tratamiento reformador». Art. 2.º «Para hacer efectivo el cumplimiento de esta función social, se imponen las reglas siguientes: 1.ª *Que la acción tutelar sea constante* 2.ª *Que sea ejercida individualmente en cada penado* (1). 3.ª Que obedezca á las indicaciones *derivadas del conocimiento de los antecedentes y estado actual del penado, y que se encamine á reintegrarlo socialmente...»* Art. 7.º «Para establecer el sistema de clasificacion [de los reclusos, prescrito por el artículo 6.º], *á cada penado se le formará un expediente correccional* que contenga la documentación siguiente: ... 4.º Antecedentes individuales. 5.º Informe acerca de su estado físico y mental. 6.º Informe acerca de su estado de cultura literaria y profesional. 7.º Informe acerca de sus ideas morales, sentimientos é instrucción religiosa 8.º Anotación de sus vicisitudes en la vida penitenciaria» (2).

Completamente inspirado en el sentido del anterior decreto, está también, y á él se refiere de una manera expresa (3), el de 8 de Agosto de 1903, ya citado; no hay entre ellos más diferencia, sino que el primero tiene carácter general para todos los penados, mientras que este último sólo se refiere á los jó-

---

á ella está, consiguientemente, dentro del Estado español, en una situación análoga á aquella que ocupan los menores, los locos, los pródigos, los incapacitados, en general, por cualquier causa, para gobernarse á sí mismos autárquicamente. Véase si, de este modo, los llamados criminales pertenecen á la esfera de la justicia tenida por retributiva y sancionadora, ó si entran, por el contrario, en la de la beneficencia, y particularmente en la de la educación protectora. La noción de la *culpabilidad*, base ordinaria, al parecer, de la imputabilidad y la penalidad (véase antes la p. 44), queda del todo proscrita, para ser reemplazada por la de la *necesidad* del tratamiento tutelar y educativo.

(1) Es la individualización del tratamiento, como tienen que ser individualizados el tratamiento tutelar en general, el terapéutico, el educativo...

(2) Los artículos siguientes desenvuelven estos preceptos, determinando quiénes y cómo han de contribuir á la formación del expediente correccional de los penados.

(3) Dice en efecto, el art. 4.º «El Establecimiento reformatorio *se organizará conforme al régimen de tutela y tratamiento correccional establecido por* real decreto de 18 de Mayo último».

venes delincuentes de la Escuela de reforma establecida en Alcalá de Henares por real decreto de 17 de Junio de 1901, y á la que desde ahora se denomina (art. 1.º del real decreto de 8 de Agosto de 1903) *Establecimiento reformatorio de jóvenes delincuentes.*

No deben ser tampoco olvidadas en esta reseña otras disposiciones, posteriores aún á las que quedan mencionadas antes, y en las cuales se mantienen las mismas aspiraciones de correccionalización. En 5 de Abril de 1904 se crea, para sustituir á la Junta superior de prisiones, el Consejo penitenciario; y el art. 1.º, párrafo 2.º, del real decreto correspondiente dice que el Consejo es «un instituto para el estudio de las cuestiones científicas relacionadas con el tratamiento de los delincuentes y la organización y desenvolvimiento *de las instituciones sociales de carácter tutelar, encaminadas á la mejora correccional del delincuente y á la prevención del delito*». Otro real decreto de 6 de Mayo de 1907, trasladando á la Península los presidios de Africa y creando una colonia penitenciaria en el Dueso, suprime «el penal viejo de Santoña» y manda dar á otros penales (Figueras, Ocaña, San Miguel de los Reyes, de Valencia, y el ampliado Reformatorio de Alcalá) «disposición y traza adecuadas á los fines de la reforma penitenciaria» (arts. 2.º y 3.º). Manda también seguir el sistema progresivo en el cumplimiento de la pena (arts. 7.º y sigs.), y dice (art. 12, párrafo segundo) que «en el primer período, celular, se formará el expediente correccional preceptuado en el real decreto de 18 de Mayo de 1903 *y se desplegarán intensamente las acciones tutelares y correccionales que allí se determinan*». Por último, el real decreto de 23 de Marzo de 1907, también sobre el Reformatorio de jóvenes delincuentes de Alcalá de Henares, se propone, según dice en el preambulo, «atajar y evitar las manifestaciones primeras del instinto del mal, anuncio cierto de criminosas acciones, empleando *métodos y trabajos de corrección y de reforma, buscando los orígenes mismos del mal para aplicar allí los mejores y más eficaces remedios*: con lo que la sociedad, y en su re-

presentación el Estado, vuelve por los que, apenas hombres y ya caídos, merecen *especial afán y esfuerzo, que les levanten de su decaimiento moral y les hagan dignos de vivir libres, del libre goce de los derechos y deberes de la ciudadanía»*. Todas las prescripciones de este decreto están encaminadas á procurar esto *por la acción educadora* y el régimen disciplinario, como él mismo dice. Pero lo más importante quizá de todo él es que anuncia el propósito de crear *reformatorios de adultos que completen esta acción educadora, en su principal garantía el trabajo, alternando con la enseñanza*. Y al efecto dispone (en el art. 3.º) que «los penados sometidos á tratamiento en el Reformatorio de jóvenes delincuentes dejarán de pertenecer al mismo una vez cumplida la edad de veintitrés años, *cuando la administración penitenciaria, haciendo inmediatamente práctico el régimen de tutela y tratamiento correccional preconizado por real decreto de 18 de Mayo de 1903, establezca un reformatorio para adultos*, EN EL QUE PUEDA CONTINUARSE LA FUNCIÓN EDUCADORA INICIADA EN EL PRIMERO» (1).

XXV

LA CONDENA Y LA LIBERACIÓN CONDICIONALES

Después de lo dicho, ¿qué falta hacía insistir más sobre el carácter predominante correccional y preventivo de nuestra legislación penal y penitenciaria? Hay, sin embargo, ciertas partes y extremos de ella, de una gran significación por este aspecto, y los cuales no deben quedar en la sombra.

(1) Las esferas oficiales continúan dominadas por el indicado sentido reformador, y cada día, si cabe (porque en cierto modo se ha llegado al límite de las promesas y de las afirmaciones), más intensamente que el anterior. El fiscal del Tribunal Supremo, verbigracia, en su última Memoria (la de 1910), pretende que nuestra justicia penal «sea más amada que respetada» (p. CXXXIV), y para ello quiere que la misma, *como ángel tutelar, y no exterminador*, considere á los delincuentes «como desventurados semejantes, á quienes una fatalidad de educación, herencia, enfermedad, vesanía ó miseria, ha llevado al crimen».

Por de pronto, sólo de esta manera—en cuanto medio de perseguir la preservación y el mejoramiento sociales—parece tener una explicación satisfactoria la ley nueva sobre la condena condicional. Por cuyo conducto ha venido á decir la conciencia colectiva que si la ejecución de una pena, aun perfectamente merecida desde el punto de vista de la imputabilidad y la responsabilidad morales, se considera innecesaria, por tratarse de personas frente á las cuales no se muestra muy recelosa la colectividad, sino que les sigue otorgando su confianza, cuando menos hasta cierto punto, en ese caso puede y debe prescindirse de tal ejecución, sin preocuparse de que el delito ya cometido quede falto del correspondiente castigo retributivo y expiatorio.

Como ya tengo manifestado en otra ocasión (1), la aludida ley no parece perseguir otro propósito sino el de impedir la reincidencia de los reos rescatables, redimiéndoles, como dice el fiscal del Tribunal Supremo (2) «de la servidumbre odiosa del delito»; y por eso puede considerarse á la institución de que se trata, según el propio fiscal lo hace, como un muy «delicado *instrumento de restauración ética y jurídica* en el doble aspecto individual y social» (3), pues «la inejecución de la pena en que incurre llama al reo al arrepentimiento por la gratitud y por el temor» (4). Ahora, ese arrepentimiento, que significa un radical cambio de alma, antitético con el anterior, origen de delitos y de consiguiente zozobra social, es lo que se persigue, sin pensar en el castigo sino para el caso de que el arrepentimiento no se logre (5). Todo delincuente á quien

(1) *La nueva ley de condena condicional*, artículo publicado en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo CXII, números de Marzo-Abril y Mayo-Junio de 1908; en especial las pp. 390 y sigs.

(2) En su citada circular de 2 de Abril de 1908, *in fine*.

(3) Idem, párrafo tercero.

(4) Idem, párrafo cuarto.

(5) A ello va el art. 14 de la ley, que dice: «Si antes de trascurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido á ella fuese *de nuevo* sentenciado por otro delito [demostrando así lo inútil que ha sido para él el «instrumento de restauración ética y

se le pueda rescatar debe ser rescatado, y en manera alguna castigado: esto es lo que el legislador de la condena condicional viene á decir. Y para alcanzar semejante resultado, está dispuesta toda la economía de la nueva institución. Por eso, el beneficio de la suspensión de la condena, que no es sólo beneficio individual ó privado del reo, sino también y ante todo un beneficio público, al que se halla subordinado el otro en calidad de medio, ha de concederse por fuerza en unos casos, ó puede concederse en otros, siempre que el tribunal tenga que habérselas con individuos cuyas condiciones subjetivas sean tales que no arguyan incompatibilidad social, sino antes bien lo contrario (1). Por eso también, al intento de asegurar, en caso de haber hecho cálculos equivocados sobre la potencia criminosa de ciertos reos, las perjudiciales consecuencias que el error pudiese traer, ha tomado la ley algunas precauciones que han parecido convenientes (2).

---

jurídica» llamada condena condicional], se procederá á ejecutar el fallo en suspenso». De donde se infiere claramente que el cumplimiento de la pena sólo es un sucedáneo de su suspensión: obrando esta última, aquel sucedáneo queda á un lado.

(1) Art. 5.° de la ley de 17 de Marzo de 1908: «El tribunal aplicará *por ministerio de la ley* la condena condicional en los siguientes casos: 1.° Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo al Código penal. 2.° *Cuando el reo fuere mayor de nueve años y menor de quince*, habiendo obrado con discernimiento... 3.° Cuando se trate de delitos que sólo pueden ser perseguidos previa querella, denuncia ó consentimiento de la parte agraviada, siempre que lo solicitase expresamente la parte ofendida». Art. 2.° «Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena: 1.ª *Que el reo haya delinquido por primera vez*. 2.ª Que no haya sido declarado en rebeldía. 3.ª Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año..» Art. 3.° «*Quedan exceptuados* de la suspensión de condena los autores, cómplices y encubridores de los siguientes delitos (robo; hurto y estafa en cantidad mayor de 100 pesetas, ó en cualquiera cantidad, *si en la comisión interviniere grave abuso de confianza* ó la circunstancia de *domesticidad;* incendio y estragos no cometidos por imprudencia—con inclusión de los penados por la ley de explosivos—; los cometidos por las autoridades ó los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; falsificación de títulos y moneda, y falsedad de documentos públicos y privados)».

(2) Art. 7.° «La suspensión de la condena será notificada al reo

Consideraciones análogas cabe hacer con respecto á otras disposiciones legales. Si conforme á la ley de 17 de Marzo de 1908 es posible remitir totalmente su pena á ciertos delincuentes, la remisión parcial de la misma puede también hacerse en virtud de determinados preceptos legislativos. Aunque en España no existe de un modo regular y uniforme la institución denominada liberación ó libertad condicional, conocida en casi todas las legislaciones de los pueblos que se dicen civilizados (1), y cuya economía consiste en la abreviación

---

en audiencia pública del tribunal sentenciador, cuyo presidente hará al procesado las *advertencias y prevenciones oportunas*, al tenor de lo dispuesto en esta ley. Cuando el procesado fuere menor de quince años, deberá comparecer *acompañado de la persona que lo tenga bajo su potestad ó guarda..»* Art. 9.° «El reo en situación de condena condicional *no podrá trasladar su residencia sin ponerlo en conocimiento del juez de instrucción ó del municipal*, donde aquél no existiere...» Art. 10. «El reo que cambiare de residencia quedará obligado á presentarse al juez de instrucción ó al municipal, en su caso, del lugar á que se hubiere trasladado, dentro de los tres días siguientes al de su llegada. *Siempre que cambiare de residencia sin observar lo dispuesto en este artículo y en el anterior, quedará sin efecto la suspensión de la condena* y se procederá á dar á ésta cumplimiento». Los artículos siguientes (11, 12 y 13), que imponen la obligación de abrir registros especiales de condena condicional en el Registro Central de penados, en los tribunales de lo criminal y en los juzgados de la residencia ó domicilio de los reos de quienes se trata, no tienen tampoco otro objeto sino el de asegurar y facilitar los fines preventivos que con la suspensión de la condena se buscan. Véanse también acerca de esto los arts. 2.°, 4.° y sigs. del R. D. citado de 23 de Marzo de 1908, y los núms. 6.° y siguientes de la real orden de 5 de Julio de 1909, dando instrucciones á los jueces municipales sobre la aplicación de la condena condicional á los sentenciados en virtud de la ley de 27 de Abril de 1909, llamada de huelgas y coligaciones.

(1) Aunque no con este nombre, ha habido períodos durante el siglo XIX en que ha estado legalmente establecida entre nosotros la libertad anticipada ó abreviación de las penas de privación de libertad. El título preliminar del Código penal de 1822 tenía un capítulo (el IX) así intitulado: *De la rebaja de penas á los delincuentes que se arrepientan y enmienden, y de la rehabilitación de los mismos después de cumplir sus condenas*, en el que se encuentran estas disposiciones: «*Por medio del arrepentimiento y de la enmienda*, el condenado á trabajos perpetuos podrá, á los diez años, pasar á la deportación, y á los diez años de deportación, se le podrán conceder algunos ó todos los derechos civiles y empleos ó cargos públicos. *Por el propio medio*, el condenado á otra pena corporal

de la duración de la pena de privación de libertad señalada en la sentencia á ciertos delincuentes, á los cuales se les considere merecedores de tal favor por haber observado buena conducta en un largo plazo de la extinción de aquélla (v. g., los dos tercios de la duración total de ella), y que hayan demos

---

ó no corporal, de un número determinado de años que pase de dos, podrá, después que sufra la mitad de su condena, obtener *una rebaja de la cuarta parte á la tercera parte de todo el tiempo que se le hubiere impuesto»* (art. 144). El condenado á la pena de infamia, con o sin otra pena temporal de más de dos años, podía ser rehabilitado después de cinco años *si se arrepintiere y enmendare* (art. 145). Se preceptuaba también (arts. 148 á 152) que los jefes de los establecimientos penales de todas clases llevaran un libro donde anotarían, para cada reo, junto con otras varias circunstancias tocantes á éste, «puntualmente *la conducta que observe*, así por lo relativo á su aplicación al trabajo como *en cuanto á sus costumbres y demás acciones»*, con el fin de que tales anotaciones sirvieran de base para la concesión de la rebaja de pena ó de la rehabilitación, por lo que esta concesión podía «quedar en suspenso *hasta que el reo dé mayores pruebas de su buena conducta»*.

También la Ordenanza general de presidios, de 1834, incluía una sección (la sección tercera del título primero de la parte cuarta, artículos 303 y sigs.), titulada *Premios y rebajas*, en donde se establece la posibilidad de conceder hasta la de *una tercera parte de la pena*, á los sentenciados que, *por su mérito particular ó trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección*, debidamente acreditados (por los informes á que los dichos artículos se refieren) debieran ser premiados con alguna rebaja, siempre que ya «hubieren cumplido sin nota [desfavorable] la mitad del tiempo de su condena». La propuesta de rebaja (que debía hacer el director general en virtud de los informes recibidos al efecto del jefe del establecimiento correspondiente, ú otros que él hubiere creído conveniente pedir) podría quedar en suspenso *hasta que el presidiario dé mayores pruebas de su merecimiento*.

Y, según dice el Sr. Silvela (*ob. cit.*, t. II, p. 409), un real decreto de 20 de Diciembre de 1843, «estableció, aunque dentro de límites harto estrechos, y sin la reglamentación necesaria, la libertad provisional y revocable. Después de ordenarse en semejante disposición que se creara en cada presidio una verdadera contabilidad moral, de la cual resultase el comportamiento del penado, á fin de que le sirviese para obtener mejorías en su condición mientras estuviese preso, y *rebaja en su condena*, se añadía que *sólo la buena conducta observada por el penado* desde su ingreso en el presidio *podría hacerle acreedor á la reducción de la pena*... Las hojas de los penados servían para motivar las propuestas de gracias que hubieren de concedérseles, pero las rebajas alcanzadas por tales trámites tendrían el carácter de *condicionales*, de modo que podría perderlas el agraciado si no persistía en la corrección». Yo no conozco directamente este decreto.

trado, por tales ó cuales señales, que se hallan reformados ó en camino de reforma, sin embargo, tenemos abiertas ciertas vías que conducen al mismo resultado, y tenemos también, para cuando la libertad condicional no es posible, algunos recursos que tienden á reemplazarla (1).

Por lo pronto, es sabido que la libertad condicional y revocable (ya sujetando al que la goza, ó no sujetándolo, á una vigilancia especial, ó al cumplimiento de condiciones determinadas, como sucede en Norte América con el sistema de los *probation officers*, ya implantado también en Inglaterra y en Rusia) constituye el último de los períodos del sistema penitenciario progresivo; y este sistema lo hemos tenido y lo tenemos implantado en España, conforme ha podido verse, por repetidas disposiciones, como (sin contar la Ordenanza de 1804 para los presidios de los arsenales de Marina y la instrucción 5.ª, ya citada, de la real orden de 25 de Octubre de 1886 sobre el servicio de las cárceles de audiencia) las siguientes: la real orden de 28 de Agosto de 1888 (2) y los reales decretos de 26 de Enero y 23 de Diciembre de 1889 (3), 17 de

---

(1) Sin contar—y esto es quizás ahora lo más importante para nosotros—con que en varios sitios se manifiesta el legislador pesaroso porque no haya todavía en España libertad condicional, y promete implantarla.

(2) Por ella se nombra una comisión que formule el proyecto para la organización del penal de Ceuta en colonia penitenciaria, dando con ello sanción legal al «desarrollo espontáneo, en el presidio de Ceuta, de un sistema penal *semejante al progresivo*, ideado por sir Samuel Crofton y tan acreditado en Europa».

(3) En el primero, que creaba una colonia penitenciaria en la isla de Mindoro, se leen los siguientes artículos, continuación de otros en los cuales se regula el reparto de tierras á los penados colonos, el trabajo de los mismos y la división en períodos del cumplimiento progresivo de la condena: Art. 12. «En el segundo período ... los penados trabajarán bajo la protección de un patrono, *si por su buena conducta se hicieren acreedores á ello*». Art. 13. «En el tercer período, que comenzará á los dos años de estar bajo patronato, *el penado que hubiere observado buena conducta obtendrá la libertad provisional dentro de la colonia. El que se hubiere distinguido durante estos períodos podrá ser elegido patrono*». Art. 15. «*Los incorregibles* [declarados tales á tenor de lo dispuesto en el art. 14] formarán una sección especial... *sin espe-*

Junio de 1901 (1)—de cuyo sentido y significación hemos hablado ya con otro propósito en anteriores páginas—, ó de

---

ranza de libertad». Art. 17. «Cuando el penado hubiere satisfecho con el producto de sus tierras la deuda al Estado, podrá solicitar el indulto, que le será concedido, *quedando en libertad completa...*». Art. 21. «Las penadas que contrajeren matrimonio con un colono que hubiere obtenido la libertad provisional ó definitiva [y á las que, mediante tal cambio de vida, se las supone mejoradas y rehabilitadas], *la obtendrán igualmente, aunque no hubiesen terminado su condena*».

Y en el decreto de 23 de Diciembre de 1889 trasformando el penal de Ceuta en colonia penitenciaria figuran estos otros artículos: Art. 4.° «En la colonia penitenciaria de Ceuta se cumplirán las penas *con sujeción al sistema progresivo...*». Art. 8.° «El cuarto período será *de circulación libre* dentro del ámbito de la colonia. Los penados *podrán dedicarse en él á los oficios que prefieran* y pernoctar en el lugar que se les designe, *fuera de los edificios penitenciarios*, con la obligación de presentarse en ellos cuando fuesen llamados, y periódicamente, cada siete ó quince días, *para pasar la revista y suscribir las listas de presencia*». Art. 10. «El medio de progresión [de uno á otro período] consistirá *en la ganancia de vales de conducta...*». Art. 17, núm. 2.° «Dentro de cada agrupación [de los penados] por delitos, se hará *una especial para los reincidentes...*».

(1) En la exposición de motivos y en el articulado del real decreto de 3 de Junio de 1901 nos encontramos con las siguientes afirmaciones: «En el plan de reformas que el ministro que suscribe se propone introducir en la administración y régimen de las prisiones, figura por su importancia en preferente lugar la relativa al sistema que ha de seguirse con los que extinguen condenas... Trátase del sistema progresivo irlandés ó de Crofton..., que debe implantarse en todas las prisiones destinadas al cumplimiento de penas aflictivas ó correccionales... No cabe dar al cuarto período del sistema progresivo la extensión que tiene en otras naciones, por oponerse á ello los preceptos del Código penal; y hasta tanto que estos se reformen en armonía con los progresos de la ciencia, ó se establezca legalmente la libertad condicional, se procura en el presente proyecto *aproximarse lo más posible á esta gracia*, facultando á los funcionarios de cada establecimiento *para que cursen propuestas de indulto* en favor de los reclusos que en tal período [denominado de gracias ó recompensas por el art. 3.°, núm. 4.°] se hallen *y les den el tratamiento adecuado al tránsito de la vida de reclusión á la libre*». De conformidad con esto, art. 1.° «El régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas *se sujetará al sistema progresivo irlandés ó de Crofton*, siempre que sea posible...». Art. 8.° «El cuarto período, ó de gracias y recompensas, se establece *en equivalencia al de libertad condicional* que existe en otros países y regirá *hasta tanto que se promulgue una ley que la conceda...* Los individuos comprendidos en el cuarto período *que hayan observado conducta intachable y dado muestras de arrepentimiento serán propuestos para indulto...*». Art. 9.° «La pro-

Mayo de 1907 (1), y aun el de 18 de Mayo de 1903, el cual,

---

gresión ascendente de uno á otro período se verificará *teniendo en cuenta la conducta moral, la aplicación y el número de premios obtenidos por los reclusos...*».

El otro decreto, fecha 17 del mismo mes y año, completa al anterior: como debidos ambos á la misma persona. Y dice: «El anticuado Código vigente no establece la libertad condicional del penado; no satisface *esa necesidad que imponen las corrientes progresivas de la época actual* y que aconsejan la experiencia, y hasta el cálculo y las conveniencias sociales. Al hombre, libre ó penado, se le debe tratar humanamente, y no se trata así al que cumple una condena cuando en él se mata la esperanza y se le quitan los estímulos y alicientes de *adquirir la libertad antes del plazo marcado en la sentencia mediante una intachable conducta* en la prisión donde la cumple. De distinto modo lo han comprendido y lo practican los pueblos más civilizados de Europa y América, y apoyados en la más sana enseñanza y respondiendo á los adelantos logrados en el derecho penal y en los sistemas penitenciarios, han consignado en sus leyes y con buen éxito aplican la citada libertad, como ensayo á la definitiva que después ha de obtener el recluso. No es posible, *por hoy*, establecerla en toda su extensión, por oponerse á ello los taxativos preceptos del Código vigente [que el ministro llama, como se ha visto, «anticuado»]. Mas como la necesidad es ley suprema... tomando por base las prescripciones del real decreto de 11 de Noviembre de 1889 [así dice; pero la verdadera fecha no es esta, sino la de 23 de Diciembre, como queda expuesto] que sabiamente se dictó para convertir el penal de Ceuta en colonia penitenciaria... cabe armonizar las deficiencias de la ley punitiva con *los deseos de la conciencia social*, y hacer hoy lo que es posible, *ensayando en este punto la indicada libertad condicional*, con las debidas precauciones, y preparándola *para implantarla en toda su latitud* cuando la reforma de nuestras leyes penales lo consienta». Por lo cual, se dispone: art. 4.º «*Se aplicará en la Escuela* [en la *Escuela central de reforma y corrección penitenciarias*, creada, como se recordará, por este decreto] *el sistema penitenciario progresivo irlandés ó de Crofton*, establecido para las prisiones en que se extinguen condenas, dividiéndose el tiempo de permanencia de los jóvenes en cada sección en los cuatro períodos que el sistema comprende...». Art. 21. «En el cuarto período del sistema, los jóvenes delincuentes podrán ser autorizados por el tribunal de disciplina de la Escuela, con aquiescencia de la Dirección general de Prisiones, *para trabajar durante el día fuera del establecimiento*, bajo la vigilancia y protección de la sociedad de patronato... Esta autorización sólo se les concederá en los casos en que, por el número de premios obtenidos en los períodos anteriores, y *por su buena conducta*, el tribunal de disciplina les considere *en condiciones de obtener la libertad condicional*». Art. 23. «*Si hicieran mal uso de la libertad condicional que se les conceda se les retirará el permiso de salida y volverán al período anterior*...».

(1) Este decreto, por el que se creó la colonia penitenciaria del

si no establece, como los anteriores, de una manera expresa el sistema progresivo, lo admite implícitamente, en cuanto que una de las bases para el tratamiento correccional y tutelar de los reclusos que con él se persigue es la clasificación, y hasta individualización, de éstos, y el empleo de todos los recursos más apropósito para hacerles progresar en la vía de una buena conducta (1).

Pero aparte de esto, la libertad condicional ha invadido ya, aun cuando indirecta y subrepticiamente, nuestra legislación. No más que eso es la llamada *concesión de residencia*, otorgada á ciertos penados de Ceuta y Melilla (á los que se hallaren en el cuarto período, y aun en el tercero, de su condena, con arreglo al real decreto de Diciembre de 1889) en 1906 y 1907, y que el día menos pensado puede hacerse extensiva, con la misma ó con otra denominación, á los penados de la Península.

Con recordar lo dispuesto en los arts. 4.º y 8.º (que se han reproducido antes, pp. 305 y 319, nota) del decreto de 1889, y

---

Dueso (Santoña), contiene las siguientes disposiciones: Art. 7.º «La nueva penitenciaría se planeará, construirá y organizará *con arreglo al sistema progresivo*... Será capaz para 1.000 penados, distribuídos en los tres períodos de reclusión celular, trabajo industrial y agrícola, y *período expansivo, análogo á la libertad intermediaria*». Art. 13. Durante el segundo período, «*se valorará la conducta del penado en virtud de la obtención de vales ó marcas*, que serán concedidos *á la regularidad en la conducta, á la asiduidad en la escuela y á la buena voluntad desplegada en el trabajo*, sirviendo estos vales para obtener la *abreviación* de permanencia en este período...». Art. 14. «Toda la acción penitenciaria propia del tercer período ha de consistir *en la preparación para que el penado se reintegre á la vida social...*».

(1) Debe también añadirse á las disposiciones legales anteriores el art. 6.º, núms. 3.º y 4.º, del real decreto de 8 de Agosto de 1903, sobre el tratamiento de los jóvenes delincuentes, muy enlazado con el de 18 de Mayo del mismo año. Dice aquel artículo que á la sociedad de patronato (creada en Alcalá por el art. 5.º para ayudar á la obra del Reformatorio de jóvenes delincuentes) se le reconocerá personalidad: ... 3.º «Para *preparar y disponer la reintegración del penado á la vida libre* cuando sea puesto en libertad. 4.º Para con mayor amplitud establecer las relaciones *que faciliten la manera de poder autorizar legalmente la libertad provisional, como uno de los trámites de régimen expansivo del Establecimiento reformatorio*».

con advertir ahora que nuestros presidios del Norte de África han tenido que ser suprimidos recientemente, tenemos los datos principales para explicarnos las prescripciones del real decreto de 22 de Octubre de 1906 y de la real orden de 8 de Julio de 1907, relativas á la dicha «concesión de residencia». En efecto, «no siendo nuestros establecimientos penales peninsulares otra cosa que encierros (1), y no existiendo en nuestras leyes ningún proceder abreviatorio de la pena que no sea el indulto, uno ú otro de ambos procederes habría que elegir si se acordara la traslación de todos los penados [de Ceuta], sin excepción alguna [incluso los que estén en el período cuarto ó *de circulación libre*], ó si se considerase grandemente injusto hacer retrogradar á los que *merecidamente disfrutan todas las posibles expansiones de la vida* dentro de la plaza de Ceuta. El ministro que suscribe no es partidario ni de uno ni de otro proceder.... Los penados que disfrutan de libertad dentro de la plaza pueden permanecer, con ese beneficio, consagrados á las ocupaciones que hoy desempeñan, lo que no obsta para que más adelante, *y conforme sus merecimientos lo acrediten*, puedan obtener el indulto del resto de su pena, lo que en este caso equivaldrá á obtener la libertad definitiva. Ya que conforme al sistema penal seguido en la colonia penitenciaria resultamos identificados con las prácticas penitenciarias *que más tarde ó más temprano se han de generalizar en nuestra legislación*, la mejor estima que de ellos podemos hacer es *seguirlas manteniendo allí donde nuestro estado legal lo permite*». En virtud de estas razones, el articulado del decreto concede facultad á los penados de Ceuta (haciéndola también extensiva á los de Melilla) que se hallen en el cuarto período, ó de *circulación libre*, definido en el artículo 8.° del real decreto de 23 de Diciembre de 1889, y también á los del tercer período que reunan ciertas condiciones, para continuar residiendo en el propio lugar donde ahora viven.

---

(1) A pesar de la tendencia marcadísima que hemos mostrado existe para convertirlos en algo distinto.

Pero «la concesión de residencia es revocable (art. 9.º), siempre que el liberto [así lo llama ya, y no penado, el decreto] la quebrante de cualquier modo, *y también si observase mala conducta* y fuese nuevamente penado por faltas de consideración ó por delito»; así como, por el contrario, «*el buen comportamiento de los libertos será recompensado con la propuesta de indulto total ó parcial*, según las circunstancias del caso» (art. 10). Con lo que, parece innecesario hacerlo notar, el comportamiento que con cada reo sigue el poder social—para dar satisfacción, suele decirse, á las aspiraciones del alma colectiva, y en nombre de ésta—depende del comportamiento que dicho reo siga, indicio del que mañana podrá seguir y de la mayor ó menor confianza que en él pueda ponerse; no depende de la gravedad y entidad de su delito, ni tampoco de su más alta ó más baja responsabilidad (1). Por eso, antes de dar paso alguno para con él, es preciso cerciorarse lo más posible de su potencia ó capacidad delictuosa; y por eso, para conocer ésta, se le abre á cada uno un expediente, en el que, junto con otros datos, figure «una información respecto de su conducta y modo de vivir» (art. 5.º, párrafos primero y segundo).

XXVI

VALOR DE LOS ANTECEDENTES INDIVIDUALES Y DE LA BUENA CONDUCTA

De lo dicho acerca de la ejecución de las penas de privación de libertad en España, y muy en especial de lo dicho última-

---

(1) Hasta es frecuente que ambas cosas estén en oposición. Los sujetos de menor responsabilidad (siempre dentro de los conceptos tradicionales y corrientes acerca del particular), como pasa con los denominados semirresponsables, con los delincuentes habituales, etc., son justamente aquéllos que mayor desconfianza ofrecen, y á quienes, por lo mismo, es más difícil otorgarles concesión de residencia, libertad condicional ú otros parecidos beneficios. En cambio, es muy posible reconocérselos á otros muchos que, habiendo cometido graves delitos actualmente, no son por nadie considerados peligrosos: como los mentados reos políticos, «delincuentes honrados», «pasionales» y demás.

mente sobre la condena condicional, sobre el empleo del sistema penitenciario progresivo, la libertad condicional y concesión de residencia, puede llegarse fácilmente, me parece á mí, á esta conclusión: la sociedad española, y en su nombre el Estado, quiere tener alejados de sí (por la reclusión, principalmente) á sus enemigos los delincuentes, todo el tiempo que ofrezcan peligro para la vida en común; pero quiere también reintegrarlos á su propio seno, y aprovecharlos como elementos útiles, tan pronto como haya seguridades, ó probalidades cuando menos, de que el peligro ha desaparecido y de que se puede vivir con ellos en paz.

Este es el pensamiento informador de otras varias disposiciones vigentes. Lo es de cuantas se refieren á la concesión de indultos, que significan, igual que la condena condicional y que la libertad condicional, ó una remisión de pena, ó una abreviación de su duración, ó un cambio en el modo de su cumplimiento. Lo es asimismo de aquellas otras tocantes á las condiciones necesarias para que el indulto se conceda, condiciones que pueden resumirse en la siguiente: que el penado, *por su buena conducta*, se haga digno de la concesión, ó lo que es igual, *que demuestre haberse enmendado y no ofrecer para lo sucesivo motivo de alarma*. He aquí ahora un índice de esas disposiciones, enumeradas por orden cronológico, por ser difícil otra mejor agrupación, pues se trata de asuntos muy ligados entre sí y, por eso mismo, difícilmente separables.

Como se recordará, ya el Código de 1822 y la Ordenanza de presidios de 1834, al establecer la rebaja de condena á ciertos penados, hacían depender esta rebaja del *merecimiento* de ella, fundado en la *corrección, enmienda ó arrepentimiento* del respectivo penado, acreditados por los medios oportunos. Por su parte, también el real decreto de 20 de Diciembre de 1843 subordinaba la concesión de la libertad provisional y revocable á la condición del *buen comportamiento* del penado, para conocer el cual era preciso crear en cada presidio una verdadera *contabilidad moral*, en la que tenía que figurar *la buena*

conducta observada por aquél (1). Esta idea no desaparece ya nunca de las leyes, ora lo sean verdaderamente tales, dadas en Cortes, ó ya se trate de otras formas de legislación.

El real decreto de 7 de Diciembre de 1866, dictando reglas para la concesión de los indultos con el fin de poner coto á los abusos que en la materia se venían cometiendo, disponía, en su art. 7.°, que «en todo indulto merecerá especial atención la *conducta irreprensible del reo*, anterior al hecho, durante el proceso y en el establecimiento penal ó fugado de él», y en el 9.° añade: «Para que los indultos respondan á los altos fines de la regia prorrogativa [perdonar á quienes lo merezcan por no ofrecer peligro á la convivencia], se tendrán muy presentes en su concesión ó denegación, con fijo y constante sistema, las siguientes circunstancias: 1.ª Si el delito procede de *habitual propensión* á delinquir, como lo comprobará la repetición de condenas y de procesamientos sin absolución libre. 2.ª De *notoria depravación*. 3.ª De otras causas que la sociedad y la moral aprecian con menos reprobación» (2).

Según el Código penal vigente, «los condenados á las penas perpetuas *serán indultados* [*ipso jure*] á los treinta años de cumplimiento de la condena, *á no ser que por su conducta* ó por otras circunstancias graves *no fuesen dignos del indulto*, á juicio del gobierno» (3). La ley de 18 de Junio de 1870, dictando re-

(1) V. antes la p. 317, nota, *in fine*.

(2) Las muchas disposiciones sobre indultos contenidas en nuestras antiguas leyes (pueden verse reunidas, v. g., en el libro *La gracia de indulto,* de D. Emilio Bravo, Madrid, 1889, p. 33 y sigs., y resumidas ó indicadas en otros varios lugares) eximían siempre de ser indultados (lo recuerda el mismo decreto de 1866 en su preámbulo) á los delincuentes que estimaban ser *de notoria depravación* y por lo mismo peligrosos, como los traidores y alevosos, los reincidentes y otros tales. La significación del indulto, preventiva á más no poder, se reconoce inmediatamente estudiando su historia y leyendo las disposiciones reales ó ministeriales en que se otorgan indultos.

(3) Art. 29. Cf. el art. 131, regla 3.ª, del mismo cuerpo legal, el 39 del Código de la Marina de guerra y el 179 del de justicia militar. Para el cumplimiento de este precepto del Código se han dictado el real decreto de 22 de Octubre de 1906 y la real orden de 12 de Noviembre del mismo año; y el art. 2.° del primero y el núm. 1.° de la

glas para el ejercicio de la gracia de indulto, manda al tribunal sentenciador que pida informe *sobre la conducta del penado* para quien se solicite el indulto al jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena, ó al gobernador de la provincia de su residencia (art. 24); y además le obliga á hacer constar en su propio informe (base de la concesión ó denegación del indulto), entre otras cosas, los *méritos y antecedentes* del penado, «si fué con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta ó fué de ella indultado, por qué causa y en qué forma... la parte de condena que hubiere cumplido, *su conducta posterior á la ejecutoria, y especialmente las pruebas ó indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado...»* (art. 25) (1). Y una orden circular

---

segunda disponen, respectivamente, lo siguiente: «En el caso de que el tribunal sentenciador, previos los necesarios informes, considerara que algún penado, *teniendo en cuenta su conducta* ú otras circunstancias graves, *no era digno del indulto*, instruirá el oportuno expediente... Seis meses antes de la fecha en que los reclusos cumplan los treinta años de la pena, cuidarán los directores ó jefes de las prisiones en que aquéllos se encuentren de ponerlo en conocimiento del presidente de la Audiencia sentenciadora, acompañando la hoja histórico-penal *y el informe de conducta* de cada penado. El tribunal sentenciador... *informará lo que á su juicio proceda* y elevará el expediente al ministerio de Gracia y Justicia».

Sobre los informes de conducta de los reclusos que pidan las autoridades ó los centros administrativos á los jefes de las prisiones, tanto para que produzcan efecto sobre los indultos, como, acaso, para otros fines (que no parece han de poder ser sino análogos á éstos: ó sea, relativos siempre al tratamiento de los reclusos) véase también el apartado 7.º de la circular de la Dirección general de prisiones, fecha 24 de Enero de 1908, en la que se dan instrucciones para el cumplimiento del real decreto de 20 del mismo mes y año, del cual se habla más adelante. Como antecedente expresivo y útil en la materia, debe recordarse el decreto de 17 de Setiembre de 1870, dictando reglas para dar efecto retroactivo al Código penal vigente, sobre todo en la parte (arts. 5.º y 10) que se refiere á la aplicación de lo preceptuado en el art. 29 de éste á los condenados á la antigua pena de diez años de presidio con retención que la hubieren sufrido por más de treinta años.

(1) Por esta razón, las concesiones de indulto (especialmente las de indultos individuales, únicas que se pueden hacer con arreglo á la ley, pues ésta no admite indultos generales, aunque de hecho se hayan concedido muchas veces), se fundan de ordinario, como puede ver el que quiera leyendo los correspondientes decretos que

de 17 de Febrero de 1874, mandando que á los expedientes de indulto de pena capital se adicione un extracto de lo que resulte de la causa, hace, aparte de otras, estas advertencias: que «en el ejercicio del derecho de gracia media una especie de juicio moral y de equidad, en el cual la misericordia templa los rigores de la ley, y la benignidad aprecia favorablemente circunstancias y datos *muchas veces extraños al hecho en sí, pero ligados íntimamente con la persona del culpable*, que no son ni pueden ser tomados en cuenta por quien desempeñe el oficio de juez; circunstancias y datos que por lo mismo no figuran entre los antecedentes del recurso, aunque consten en el proceso *ó se deduzcan de sus antecedentes*».

En la real orden de 25 de Octubre de 1886, dando instrucciones para el servicio de las cárceles de Audiencia, se habla (prescripción 5.ª) de un *expediente del corrigendo*, donde constarán las *condiciones personales* de éste, que el director de la prisión tendrá en cuenta para hacer el destino de los penados á las secciones; además, para el desempeño de ciertos servicios que requieren personas de confianza, manda que se elija «á los corrigendos que tengan *mejores antecedentes y conducta*» (prescripción 7.ª, párrafo segundo). Para poder aplicar en Ceuta con fruto el sistema progresivo que allí introdujo legalmente,

---

la *Gaceta* publica, en razones como las siguientes: «Considerando que el reo lleva cumplida mucha parte [ó casi toda] de la pena *observando buena conducta y dando pruebas de arrepentimiento;* que es *la primera vez que ha delinquido* [por lo que es más fácil rescatarlo que si fuera un reincidente ó un delincuente habitual ó profesional, como hemos visto que lo da también por supuesto la ley sobre condena condicional]; que *ha observado buena conducta antes y después de cometer el delito;* que la familia del reo se encuentra en el mayor desamparo [por lo que, dándole libertad para que la atienda, es de suponer que entrará en las vías del obrar honrado, y así no hay gran temor de que reincida, pues en otro caso no se le indultaría]; que delinquió por embriaguez *no habitual* [de modo que no hay motivo para considerarlo como individuo socialmente peligroso]; que el ofendido otorga su perdón, ó está conforme con la gracia solicitada [reconociendo así que no hay fundamento para que nadie se sienta alarmado por que vuelva á la vida libre uno que ya ha sido delincuente, y como tal se halla ahora sufriendo su correspondiente pena]...».

como queda dicho, el real decreto de 23 de Diciembre de 1889, dando á aquel presidio el carácter de colonia penitenciaria, se dispuso (art. 11) que «al ingresar en la colonia cada penado, se abrirá un expediente á su nombre, encabezado con *todos sus antecedentes y circunstancias*, tales como su historia penal, sus condiciones individuales y sociales, su estado de sanidad, su instrucción y los demás datos que puedan contribuir á la identificación y conocimiento de la persona»: conocimiento, que se hace necesario para los fines del tratamiento correccional y tutelar de ésta, y para saber si es ó no merecedora de confianza y, consiguientemente, de indulto y reintegración á la vida libre; pero que es del todo inútil para la imposición de un castigo justo, esto es, proporcionado á la entidad objetiva de la deuda delictuosa.

Generalizado el sistema penitenciario progresivo, para todas las prisiones aflictivas y correccionales, por el real decreto de 3 de Junio de 1901, se dispone en el art. 8.º, párrrafo quinto, del mismo que «los individuos comprendidos en el cuarto período [al cual han ascendido ya por su buen comportamiento] *que hayan observado intachable conducta y dado muestras de arrepentimiento serán propuestos para el indulto*»; en el art. 14, que «*la severidad del tratamiento se irá suavizando* á medida que el recluso adelante en la reforma y en el cumplimiento de la pena, *siempre que observe buena conducta*»; y en el 15, que «las propuestas para indultos... se regirán por las mismas reglas establecidas para el sistema progresivo», ó sea «teniendo en cuenta *la conducta moral, la aplicación y el número de premios* obtenidos por los reclusos (art. 9.º). Al efecto, «los empleados á cuyo cargo se encuentre la inmediata vigilancia de los reclusos *anotarán diariamente*, bajo su responsabilidad, *las observaciones que hagan relativas á la conducta de los penados*, cuyas notas pasarán al jefe de la prisión...» (art. 16). «El jefe de cada prisión clasificará estas notas, las comprobará con observaciones recogidas por él, por el médico, el capellán y el maestro en sus visitas, *y hará constar su apreciación en un registro espe-*

cial, que deberá servir de fundamento y de guía para los acuerdos del tribunal de disciplina» (art. 17). «El tribunal disciplinario acordará el pase de los reclusos de un período á otro, sujetándose á lo dispuesto en los precedentes artículos; la reducción de tiempo en los períodos; los premios y castigos, y todo lo que tienda á mejorar el régimen y la situación de los penados» (art. 20). «Los premios que podrán obtener los reclusos *por su buena conducta moral, aplicación y adelanto en los talleres y escuelas* serán (art. 22)... 7.º Ascensos de un período á otro de la pena con carácter extraordinario. 8.º *Propuestas extraordinarias para indulto»* (1).

De igual modo, preceptúa el real decreto de 18 de Mayo de 1903: Artículo 2.º «Para hacer efectivo el cumplimiento de esta función social [la de tratamiento correccional y tutelar de los reclusos, definida en el art. 1.º, ya antes copiado (2)], se imponen las siguientes reglas: 3.ª que [la acción tutelar] obedezca á las indicaciones derivadas *del conocimiento de los antecedentes y estado actual* del penado, y que se encamine á reintegrarlo socialmente». Art. 5.º «Queda terminantemente proscrito el sistema de organización militar prevenido en la ordenanza de 1834 ...», el cual «será paulatinamente sustituído (art. 6.º) por el de clasificación indeterminada, entendiéndose con esto que ha de obedecer, en general ... á la agrupación por condiciones, *en virtud del estudio individual de cada penado»*. Art. 7.º «Para establecer el sistema de clasificación, á cada penado se le formará *un expediente correccional* que contenga la documentación siguiente: ... 4.º *Antecedentes individuales*. 5.º, 6.º y 7.º Informe acerca de su *estado físico y mental, su estado de cultura literaria y profesional, sus ideas morales, sentimientos é instrucción religiosa*. 8.º Anotación

(1) El real decreto de 17 de Junio de 1901, que creó la Escuela de reforma y corrección para jóvenes delincuentes en Alcalá de Henares, concuerda enteramente con el anterior, de 3 del mismo mes y año, como ya se ha dicho.

(2) V. la p. 310.

de sus *vicisitudes en la vida penitenciaria*». En los artículos siguientes se detalla más al por menor los extremos que ha de comprender el expediente correccional, quién y cómo debe recogerlos y consignarlos, y cuál es el valor y la finalidad de los mismos: «definir el carácter del sujeto sometido á esta clase de observación», para, sobre esta base, resolver acerca de lo que con él ha de hacerse. Ni uno sólo de tales artículos deja de hallarse encaminado á tal objetivo.

El real decreto de 22 de Octubre de 1906, para las «concesiones de residencia» á los penados de Ceuta y Melilla, contiene á este respecto disposiciones importantes. Para el otorgamiento de las mismas, ha de tratarse, ante todo, de penados que se hallen en el último período, ó de *circulación libre* (artículo 1.º), ó cuando menos en el penúltimo, dicho *intermediario* (art. 2.º); ha de formárseles también un expediente donde «constará en primer término el expediente personal á que alude el art. 21 (1) del real decreto de 23 de Diciembre de 1889 ... Se añadirá una información *respecto á su conducta y modo de vivir*, en la que serán oídos los elementos oficiales y los vecinos de la ciudad que puedan testificarlo» (art. 5.º). Art. 6.º «La información de que se habla en el artículo anterior precisará, *en lo concerniente á la conducta del penado, si por las pruebas obtenidas se conceptúa que puede disfrutar sin inconveniente y sin peligro de la libertad que ha de concedérsele*. En lo concerniente á su modo de vivir, precisará la información qué oficio ó industria practica; si se halla establecido ó puede establecerse por su cuenta; si tiene patrono á cuyas órdenes trabaje, y, en definitiva, si se basta á sí mismo para atender á su mantenimiento». Art. 8.º «La concesión de residencia ... dependerá en toda ocasión de las condiciones siguientes: ... 2.ª Obligación de presentarse á la autoridad gubernativa en

(1) Así dice la disposición de 1906; pero el artículo á que se refiere es el 11 del real decreto de 1889, en el cual, como hemos visto (p. 328), se manda formar este expediente á cada penado al ingresar en la colonia.

los períodos que ésta señalase ... 3.ª Obligación de acudir para sus reclamaciones y gestiones al patronato de libertos, y también cuando éste lo citase para hacerle advertencias respecto de su proceder. 4.ª *Buen comportamiento en sus relaciones sociales*, con absoluta prohibición de concurrir á tabernas *y lugares sospechosos*». Art. 10. «*El buen comportamiento de los libertos* será recompensado con la *propuesta de indulto total ó parcial*, según las circunstancias del caso ... La solicitud de estos indultos corresponderá al patronato de libertos, y lo hará en instancia justificada, *haciendo constar señaladamente los requisitos que pueden hacer al liberto merecedor de la gracia*».

De evidente significación y trascendencia, por el respecto que estamos considerando, es el art. 5.º del real decreto de 23 de Marzo de 1907, relativo al Reformatorio de jóvenes delincuentes de Alcalá. Dice así: «Como aplicación inmediatamente práctica del régimen de restricciones y de recompensas que se establecen, la Junta correccional del Reformatorio, por conducto del director del mismo, queda facultada para proponer al director general de prisiones la *remisión de la pena* que cumplan aquellos penados que en el curso de su vida penitenciaria *hayan obtenido clasificación en el grado superior y se mantengan en el mismo con notas de aplicación y de conducta irreprochable, cuando, á su juicio, y á tenor de las notas consignadas en su expediente correccional, sean merecedores de la precitada gracia*. El director general de prisiones, cuando estime justificada la proposición, la cursará de oficio al ministro de Gracia y Justicia. Estas propuestas implican la formación obligatoria de expediente, y serán tramitadas de idéntica manera á la preceptuada en los arts. 27 y 28 de la ley de 18 de Junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto en los casos en que la propuesta es formulada por los tribunales sentenciadores ...».

La necesidad de formar á cada penado su propio expediente correccional, base de todas las determinaciones que respecto de él hayan de tomarse en lo tocante al tratamiento á que se

le debe someter y de la posible concesión ó denegación de beneficios, incluso el de la abreviación de la condena por medio del indulto, lo reconoce también el real decreto de 6 de Mayo de 1907, sobre la colonia penitenciaria del Dueso, cuyo art. 12 dispone lo siguiente: «En el primer período [del cumplimiento de la pena, dividida en tres: véase antes la p. 312] se formará el expediente correccional preceptuado en el real decreto de 18 de Mayo de 1903 (1) y se desplegarán intensamente las acciones tutelares y correccionales que allí se determinan».

En este mismo orden de ideas, es preciso mencionar—por constituir parte principalísima del expediente correccional de cada penado y como la traducción más visible de la conducta de éste—el sistema de premios (y, correlativamente, de privaciones) que, como se puede colegir por virtud de lo dicho, es esencial á todo tratamiento ó sistema penitenciario progresivo, á toda concesión razonable de libertad condicional, y á las concesiones de indulto ó acortamiento de la pena decretada en la sentencia.

Verdaderamente, donde quiera que la reclusión revista algo más que un carácter puramente retributivo y de seguridad social frente á los individuos sometidos á la misma, allí tiene que hacerse distinción entre unos presos y otros, atendiendo á la mejor ó peor conducta que observen y á las consiguientes señales que con ello dan del grado de confianza ó de recelo con que los tenidos por hombres honrados pueden tratarles. Y por eso, desde que las penas propiamente tales de privación de libertad aparecen en España, el régimen de los premios aparece también y se va constantemente desarrollando más y más. No olvidemos que la Ordenanza de los presidios para los arsenales de Marina, que tenía, según se ha dicho, mucho carácter correccional, sólo admitía en aquéllos á los reos de delito *limpio*, en los que se suponía un mejor fondo que en los de delito infame ó nefando. La de 1834 sobre los

(1) V. antes, p. 329.

presidios del Reino, al tratar de los jóvenes presidiarios, dispone lo siguiente en su art. 128: «*Los que sobresalgan* por su aplicación en el oficio á que les dediquen *serán recompensados* según las circunstancias, á costa de los fondos del establecimiento» (1). Y, refiriéndose á los cabos de vara, establece este otro precepto, de la misma significación: Art. 114. «Desde el momento en que un penado tome la vara de cabo segundo, tendrá obligación de distinguirse en la exactitud del servicio, *y á la menor falta quedará privado de su encargo y volverá á la clase de presidiario*». Por eso el reglamento de 5 de Setiembre de 1844 para el régimen interior de los presidios decía con razón que «para la elección de los penados de que se compone esta clase, se necesita toda la circunspección, prudencia y tino de un comandante»; y añadía, hablando de la sección de jóvenes: «Elegirá el comandante para cabos de esta sección... sujetos *de conducta ejemplar*, *moralidad más sana* y mejores principios .., en el concepto de que *según su comportamiento y esmero en este servicio, que se estampará en su respectiva hoja, se graduará su mérito para la opción á rebaja*» (2).

---

(1) Recuérdese lo que hemos visto que dispone esta misma Ordenanza sobre *Premios* y *rebajas* de condena (arts. 303 y sigs.)

(2) Sobre los mismos cabos de vara, los *mejores* de todos los presidiarios, hay también otras disposiciones posteriores, inspiradas, por lo general, en igual espíritu que éstas. «No podrá ser nombrado cabo de vara—dice una real orden de 6 de Mayo de 1860—ningún presidiario que no lleve cumplidas las dos terceras partes de su condena *y haya observado buena conducta desde su ingreso* en la prisión». Otra real orden de 7 de Julio de 1881, trasladando á la Dirección general de prisiones el nombramiento de los cabos de vara, dice que los comandantes de los presidios, en los informes ú hojas histórico penales de los confinados que al efecto habían de enviar á la Dirección, «cuidarán de consignar con la mayor exactitud si los penados llevan extinguidas las dos terceras partes de la condena, *si son reincidentes*, [lo mismo repite después la prescripción 6.ª de la real orden de 25 de Octubre de 1886], su aptitud para ser nombrados cabos de vara, *la conducta moral y de arrepentimiento* y de subordinación á los jefes...» Y otra de 30 de Diciembre de 1885 encomienda dicho nombramiento á los gobernadores de las respectivas provincias, fundándose en que «no podía la Dirección general tener la seguridad de haber designado al presidiario más apto *y que mayores pruebas de arrepentimiento hubiere ofrecido durante*

El sistema de los premios concedidos á los presos, en atención á su buena conducta, ya está aquí. Pero más claro y terminante se ve luego, desde el instante que toma carta de naturaleza en nuestra legislación el sistema progresivo, del cual forma parte integrante. En la real orden de 25 de Octubre de 1886, para el servicio de las cárceles de Audiencia, la cual implanta ya, en cierto modo, este sistema (prescripciones 3.ª y siguientes), se admite un conjunto de premios y de correcciones (prescripciones 16 y 17), de que el director del respectivo establecimiento puede hacer uso, en atención *á la conducta* que los penados observen. Entre esos premios y correcciones los hay como éstos: «vales de recomendación que les darán preferencia *para optar á los puestos de mayor confianza*»; «notas favorables en el expediente, *para que surtan sus efectos en el indulto*»; «pérdida de los premios alcanzados»; «destitución de los cargos de preferencia obtenidos». El medio de progresión de un período á otro, según el real decreto de 1889, que estableció el sistema progresivo, con sus cuatro períodos, en el presidio de Ceuta, «consistirá en la ganancia de *vales de conducta*» (art. 10). Y este precepto no vuelve ya á desaparecer de nuestra legislación; antes bien, todos los reales decretos y reales órdenes que después se han dado para el cumplimiento de las penas de privación de libertad lo repiten y desarrollan. «Los directores de los establecimientos penales—dice también otra real orden de 27 de Noviembre de 1893, núm. 4.º—podrán conceder... comunicaciones extraordinarias á los reclusos que se hagan acreedores á ellas por su obediencia, laboriosidad, aseo y *buen comportamiento*». Y en esta misma materia relativa

el tiempo de su condena»; y quiere que aquél se funde en «*previos informes minuciosos*: del administrador del establecimiento, *respecto á la conducta observada en él por el confinado*; del capellán, *acerca de sus condiciones morales*; del médico, en cuanto á las físicas, y del profesor de instrucción primaria, sobre la aptitud y demás circunstancias recomendables para el desempeño del mencionado cargo». Actualmente corresponde la facultad de nombrar los celadores á los directores ó jefes de las prisiones, según la real orden de 24 de Enero de 1908.

á la comunicación oral y escrita de los reclusos, tenemos también que el real decreto de 14 de Mayo de 1903 dispone (artículo 3.º): «Para otorgar las concesiones de comunicación se tendrá en cuenta *la condición del penado, experimentada por las manifestaciones de su conducta...»* Como «el premio y el castigo son los puntos capitales en que descansa y sobre que gira el régimen penitenciario», según el preámbulo del real decreto de 3 de Junio de 1901, en el articulado de este decreto, que aplica los sistemas progresivo y de clasificación á todas las prisiones de penas aflictivas y correccionales, se determina con mucho detalle la procedencia y fundamentos, tanto de los premios que pueden obtener los reclusos, como de los castigos disciplinarios que se les podrán imponer, y las variedades y formas que unos y otros pueden adoptar. Lo mismo hacen, cada uno dentro de su límite y de las materias á que se contraen, los de 17 de Junio de 1901 (1), 18 de Mayo de 1903 y 23 de Marzo de 1907 (2). En el de 1903, de carácter general, y vigente hoy, aun cuando falta muchísimo aún para que sea una realidad efectiva, encontramos los dos preceptos siguientes: Artículo 41. «La junta [correccional de cada prisión] acordará también la norma que ha de seguirse en el sistema expansivo y restrictivo de la disciplina, conforme al orden de progresión, estacionamiento y rebeldía en la educación correccional, *concediendo á los penados las ventajas á que se hagan acreedores, é imponiéndoles también las privaciones y correctivos anejos á la situa-*

(1) Art. 20 «*Para estimular á los corrigendos en la práctica del bien*, se les aplicará el sistema de premios y castigos que establece el real decreto de 3 del corriente, en cuanto lo permitan su edad y condiciones especiales, *pero siempre en forma que les avive el deseo de mejorar su estado y abreviar su reclusión*».

(2) Art. 4.º «La Junta correccional del Reformatorio, á propuesta del director, mantendrá una clasificación de los reclusos que permita apreciar los resultados de conjunto obtenidos en el tratamiento de dicha clasificación, diferenciada en períodos y subperíodos; *traducirá* orgánica y paralelamente *el grado de corrección del recluso con respecto á todos los elementos educadores que influyen en él, y que deben formar un verdadero sistema progresivo de restricciones y recompensas*».

ción en que se hallen y á su conducta; TODO CON EL FIN DE FAVORECER LA EFICACIA DEL SISTEMA CORRECCIONAL». Art. 42. «También designará la junta á los penados á quienes, *por su graduación aventajada en la clasificación correccional y por sus condiciones,* se les deben encomendar *los cargos que impliquen confianza, eligiéndose de los individuos de esta clase los celadores y escribientes».*

XXVII

LA CUESTIÓN DEL PERSONAL

Otra cosa. Cuando la pena no se propone la reforma interior y el rescate y la reintegración social del penado, sino únicamente el pago retributivo y expiatorio de la deuda contraída por medio del delito, ó la intimidación y la coacción psíquica de los propensos á delinquir, ó la simple seguridad social contra los que ya alguna vez han delinquido, la ejecución de la misma no tiene por qué ser confiada á manos hábiles en el tratamiento educativo y tutelar del prójimo. Sólo se necesita gente capaz de conseguir aquellos fines y que tenga poder físico suficiente para mantener en sujeción sumisa á los delincuentes. Para hacer remar en las galeras á los galeotes, no era preciso más que vigorosos (y quizá impasibles) cómitres y sotacómitres que supieran manejar bien y á tiempo el látigo. Y cuando las galeras (y los antiguos presidios militares, sus equivalentes) desaparecen, no necesitábamos tampoco sino alcaides, sota-alcaides ú otros funcionarios análogos, que desempeñasen la misma misión de los antiguos jefes y subjefes de las galeras, y con el mismo sentido con que éstos la desempeñaban, aunque adaptándola á la nueva forma que la penalidad empezó á revestir, esto es, la de privación de libertad. Nada simboliza mejor un régimen de fuerza que la organización militar: como que el ejército (y sus similares, los demás cuerpos militarmente organizados, como la policía, la guardia civil, etcétera) es—según á todas horas se dice—el representante de la

fuerza en el Estado y el órgano de que éste se sirve para hacer entrar coactivamente en razón á aquéllos de sus súbditos que de su buena voluntad no lo hicieran. Pues bien, la organización que á las prisiones da la Ordenanza general de los presidios del Reino, fecha 14 de Abril de 1834, que aun continúa vigente en buena parte, y que en realidad ha sido nuestro Código penitenciario durante los dos tercios últimos del siglo XIX, es una organización exclusivamente militar. El personal encargado del regimen interior de los presidios tenía en ella designaciones militares: se componía de comandantes, mayores, ayudantes, furrieles, capataces y cabos; todos ellos, menos los cabos, procedentes del ejército (de la clase de jefes, de la de capitanes, de la de subalternos y de la de sargentos) (1). Las agrupaciones de los penados eran también militares: depósitos, brigadas, escuadras (2). Y así todo.

Mas en cuanto los fines de la pena se hicieron predominantemente (si no de una manera exclusiva) correccionales, fué necesario pensar en el abandono de todo esto (3) y en la creación de un personal especialmente idóneo para conseguirlos. En lo cual se ha marchado también, como en otras cosas, progresivamente. El primer paso, y el más decisivo, podemos decir, en este orden, lo dió el real decreto de 23 de Junio de 1881, por el que se creó el Cuerpo especial de empleados de los establecimientos penales. El último y más avanzado y certero lo representa el de 12 de Marzo de 1903 que creó la *Escuela de criminología*, establecida para la formación *ad hoc* de los funcionarios encargados de dirigir las prisiones y de tratar á los reclusos en ellas de modo que se les mejore y corrija.

(1) V. la parte segunda de la citada Ordenanza, arts. 77 y sigs.
(2) V. los arts 80, 81, 111 y otros.
(3) Ya se ha visto que el art. 5.º del real decreto de 18 de Mayo de 1903, sobre tratamiento correccional y tutelar de los reclusos, manda proscribir determinantemente el sistema de organización militar prevenido en la Ordenanza de 1834, y que se practica todavía, desapareciendo, por lo tanto, la organización en brigadas y los toques de corneta para trasmitir órdenes generales.

«Emprendida la reforma penitenciaria—decía con razón el preámbulo del primero de estos decretos—, entiende el gobierno... que *importa á la corrección de los penados y al buen régimen á que hayan de estar sometidos*, tanto como la reforma de los establecimientos penitenciarios (1), *la organización del Cuerpo de funcionarios públicos que hayan de estar al frente de aquéllos, cuidando en cierto modo* (2) *de la educación de los confinados*, y procurándoles todo el bienestar compatible con su situación triste y con la carencia de su libertad.» Para cuando se construyan nuevos edificios y se reconstruyan los actuales, «si ha de dotárseles de condiciones que hoy no tienen..., *preciso es tener sólidamente organizado un personal*, con cuyo auxilio pueda recoger el país el fruto [¿correccional?] de penosos sacrificios... *He aquí la razón por que el gobierno considera necesario modificar radicalmente las condiciones de dicha carrera*, convirtiéndola. . en un Cuerpo cerrado, *para tener acceso al cual sea necesario previamente mostrar una rectitud é idoneidad tales*, que á lo menos ofrezcan una garantía de que los funcionarios del Cuerpo conocen de antemano sus deberes y los adelantos de la ciencia *por lo que toca á la educación de la población penal que les haya de estar sometida*».

Mucho más expresivo á este respecto es el preámbulo del segundo decreto citado, ó sea del de 12 de Marzo de 1903. «Antiguamente, afirma, y conforme á las ideas rigurosas, el encargado de que se expiara el crimen tenía necesariamente alguna conexión con el verdugo. Más tarde, cuando imperan únicamente los preceptos de seguridad, representada en rastrillos y cerrojos, el carcelero es una representación cabal de las ideas jurídicas. En los tiempos en que se inicia la reforma, aunque la influyan ciertas ideas correccionales de pura apariencia, lo que se procura es sustituir el tipo autoritario de los

---

(1) Yo diría que importa *muchísimo más*.

(2) El ministro delata aquí su timidez, muy propia de todo elemento oficial que se aventura á una innovación de tanta trascendencia como ésta.

antiguos comandantes y capataces de brigada por un personal un poco más letrado. Pero hoy en día, conociéndose mucho más hondamente la naturaleza del delito en sus conexiones con la naturaleza humana y los modos de constitución social, y sustituída la noción expiatoria de la pena por la de profilaxia y tratamiento de un mal de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados, *no se puede admitir que la función penitenciaria la ejerza quien no esté educado en el conocimiento del hombre con la iniciación indispensable en este género de estudios*».

Estos dos decretos, que por su representación podríamos denominar acaso inicial y terminal de la reforma, tienen, en su sentido inspirador, algo de común, y algo también de diferencial. Lo primero, en cuanto ambos reconocen lo imprescindible que es abandonar el antiguo tipo del verdugo y el simple carcelero, para sustituirlos por funcionarios *ad hoc*, organizados en un Cuerpo especial, análogo á otro cualquiera de los muchos que existen para el desempeño de las distintas atenciones y funciones del Estado. Lo segundo, porque, mientras el decreto del 81 parte de la idea de que hay desde luego personal idóneo en cantidad suficiente para poder reclutarlo, no habiendo necesidad de otra cosa, sino convocarlo y escogerlo mediante concursos, exámenes y oposiciones, el decreto de 1903, por el contrario, piensa, conforme acabamos de ver, que la función penitenciaria, con el moderno sentido de profilaxia y tratamiento de un mal de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados, no se puede admitir que la ejerza quien no esté especialmente educado en el conocimiento del hombre, con la iniciación indispensable en este género de estudios; y por eso, á fin de procurar este conocimiento y esta iniciación á los futuros educadores de los presos, crea un centro docente, la *Escuela de Criminología*, destinado exclusivamente á ello (1).

(1) El contraste lo señala ya el *Anuario penitenciario* de 1889, al tratar de la historia de las reformas relativas al personal de prisiones y al poner en parangón el procedimiento preceptuado para reclutarlo por el decreto de 23 de Junio de 1881 con el que quería

Los dos decretos contienen, por decirlo así, la esencia nuclear de dos sistemas diferentes, y en torno de cada uno de ellos pueden ser agrupadas las disposiciones que se han dado acerca del personal de prisiones desde 1881 en adelante, si bien se debe advertir que del segundo sistema son escasísimas las que hay, perteneciendo casi todas ellas al primero. De éste son, en efecto (no citando sino las más importantes), la real orden de 28 de Julio de 1882, dictando reglas para el cumplimiento del real decreto de 23 de Junio de 1881; la de 3 de Diciembre de 1884, admitiendo en el Cuerpo nuevamente creado á los antiguos empleados de cárceles y presidios que reunieran ciertas condiciones; el real decreto de 13 de Junio de 1886, reorganizando el Cuerpo de empleados de establecimientos penales (1); el de 13 de Diciembre del mismo año 1886, volviéndolo á reorganizar (2); el de 11 de Noviembre

---

adoptarse ya en 1844, y del cual se habla poco después. «Las preguntas, acertadamente respondidas—dice el *Anuario*, p. 222—, pueden dar idea de una aplicación laboriosa y forzada, de una memoria con suficiente, aunque tal vez transitoria retentiva, y de una inteligencia más ó menos experta, más ó menos brillante, más ó menos capaz para tales ó cuales conocimientos. Pero la verdadera justificación, que consiste en demostrar las aptitudes en el práctico ejercicio de aquello que se debe conocer, para luego perfeccionarlo y trasformarlo, sólo se obtiene por medio de una enseñanza intuitiva, por pruebas directas y constantes, por la relación del funcionario con la función á cuyo desempeño se le llame. Por este medio se prometía la Dirección general, en 1844, hacer elecciones acertadas; por el examen y la oposición, de carácter esencialmente teórico, sólo es posible apreciar parciales aptitudes que no ofrecen las indispensables garantías. En tal caso, *el procedimiento seguido en 1881 es retrógrado con relación al de 1844, y éste es el verdaderamente pedagógico y formal*».

(1) Confirma y desarrolla este decreto, modificándolo solamente en cosas que para nuestro actual asunto son secundarias, cuanto dispuso el de 1881, firmados ambos por el mismo ministro (D. Venancio González).

(2) Tampoco introduce modificaciones sustanciales. La más importante de todas, acaso, consiste en agregar á las dos secciones en que los anteriores decretos dividían el Cuerpo, una de *Dirección y Vigilancia* y otra de *Administración y Contabilidad*, otra tercera sección, llamada de *Personal facultativo*, y compuesta de médicos, capellanes y maestros, las funciones de todos los cuales, tan importantes para el tratamiento penal profiláctico y correccional,

de 1889, reorganizándolo de nuevo (1); el de 16 de Marzo de 1891 sobre lo mismo (2); el de 27 de Mayo de 1901 hacien-

---

empiezan así á quedar organizadas sistemáticamente. Médicos, capellanes y maestros había ya antes en varias prisiones, y de ellos y de su nombramiento se ocupan el real decreto de 23 de Junio de 1881 (art. 12 y 13) y el de 13 de Junio de 1886 (art. 4.º), pero no formaban, en realidad, parte orgánica del Cuerpo. Ahora ya entran á integrarlo, como uno de sus elementos constitutivos, aun cuando todavía con carácter de órganos meramente auxiliares, que, en lo relativo á la función penitenciaria propiamente dicha, nada tienen que hacer, pues el desempeño de ésta corresponde esencialmente al personal de la sección de dirección y vigilancia. Aquí se da ya, sin embargo, la posibilidad para que esta sección *agregada*, digámoslo así, se torne en cooperadora, como va, en efecto, ocurriendo poco á poco al través de los decretos de 3 de Junio de 1901 (artículos 5.º, 17, 19 y 21, sobre visitas á los presos y otros servicios), 17 del mismo mes y año (arts. 9.º, 15, 27 y otros) y 18 de Mayo de 1903 (arts. 11 y sigs., 20 y sigs., 35, etc.), sobre todo; hasta que llegue á reconocérsele de una manera terminante dicho sentido, como lo hace el real decreto, ya citado, por el que se crea la Escuela de Criminología, en cuyo preámbulo estampa el ministro que lo firma (el Sr. Dato) estas trascendentales afirmaciones, tan trascendentales, que, una vez puesto en práctica lo que anuncian, se habrá verificado en España, si ella tiene la suerte de realizarlo, una de las mayores revoluciones (pacíficas, por supuesto, como toda revolución sólida y duradera) que ha conocido la historia del hombre: «Dícese acertadamente que estos hondos y trascendentales problemas, en cuya solución, por interés social ó interés científico, se hallan empeñados en todo el mundo ilustres investigadores, sólo han de poder ser resueltos *por la inteligencia y la cooperación del pedagogo, el criminalista y el psiquiatra*».

(1) Aquí, sin embargo, se decreta ya, como se verá después, el establecimiento de una Escuela normal para la formación de los empleados de prisiones, porque se reconoce como indudable que «cualquier reforma en materias penitenciarias resultaría fallida, ó por lo menos incompleta, *no contando con un personal celoso, inteligente, idóneo y de incuestionable probidad*», y que este personal, según está actualmente en España, «no tiene el ambiente intelectual preciso para justificar la especialidad de su función, *pues carece de un centro donde arraigue y florezca la cultura penitenciaria, que, por estar entre nosotros sin representación docente, parece que no existe*».

En este decreto, la sección de *Personal facultativo*, creada por el anterior, se subdivide en tres: *Sanitaria*, *Religiosa* y *De enseñanza*, resultando, por lo tanto, el Cuerpo especial de empleados de establecimientos penales compuesto de cinco secciones, colocadas todas bajo un pie de igualdad en lo que se refiere á su papel y á su importancia.

(2) En este decreto se manifiesta bien claro el primero de los sistemas aludidos. Es más, hasta se retrocede del sentido de este úl-

do nuevas modificaciones en la organización anterior, pero respetándola en sus bases y en sus líneas fundamentales, á lo menos en aquella parte que ahora nos interesa á nosotros (1); el de 12 de Marzo de 1903, creando una guardia penitenciaria (2); el de 22 de Abril del mismo año, que reorganizó la sección directiva del Cuerpo de prisiones (3); y el real decreto de 3 de Junio de 1908, reorganizando otra vez todavía este Cuerpo, y el cual constituye (por ahora al menos) la legislación vigente (4).

---

timo y se apunta como preferible al personal educado que buscaban los decretos que acabamos de citar, un personal moldeado conforme al modelo del preconizado por la Ordenanza de presidios, de 1834. En efecto, no sólo se suprime la Escuela normal que para la formación especial de los funcionarios de la sección directiva-administrativa mandó crear el decreto de 1889, porque, según dice, «nadie ha sentido verdadero entusiasmo hacia ella», sino que hasta asegura que «para ciertos cargos y determinadas funciones son menester, *más que el erudito conocimiento de las teorías, dotes de carácter, hábitos de mando, integridad intachable, celo exquisito en el cumplimiento del deber*, y un conjunto, en suma, de cualidades y virtudes *que no se acreditan ni se demuestran en el palenque de públicos certámenes*». Sin embargo, el propio ministro (el señor Fernández Villaverde) según decía en el mismo preámbulo de este decreto, «no abandonaba la idea de *preparar* [aunque no indicaba cómo], *mediante la enseñanza especial* que tiene histórica tradición entre nosotros, á los empleados de las cárceles», dando á esta reforma que proyectaba el calificativo de «interesante».

(1) Ambos dividen el Cuerpo en cuatro secciones: *Administrativa*, *Sanitaria*, *Religiosa* y *De enseñanza*, en todas las cuales se ingresa y asciende por examen, oposición ó concurso (aparte de la antigüedad, que es también un concurso).

(2) El art. 18 del real decreto manda, no obstante, que á los individuos que ingresen en la guardia penitenciaria se les dé, durante seis meses, «una enseñanza complementaria, en la que, además de perfeccionar los conocimientos que tengan, adquirirán las nociones indispensables de antropometría y señalamientos de identificación, leyes penales, reglamentos y práctica de los servicios penitenciarios». Pero en el artículo siguiente añade: «Terminado el período de enseñanza, los individuos *serán sometidos á un examen* para designar el número que han de ocupar en el escalafón».

(3) Este decreto, como el anterior, mezcla la enseñanza especializada de los respectivos funcionarios (de que luego se tratará) con el ascenso por oposición y concurso (arts. 7.º y 8.º).

(4) Queda, por él, dividido el Cuerpo de prisiones en tres secciones: *Técnica* (que comprende á los funcionarios de las superiores categorías de las antiguas secciones, administrativa, de dirección

El sistema de la enseñanza ó, mejor dicho, de la formación especializada de los empleados de prisiones, y sobre todo de los pertenecientes á las denominadas hoy—por el real decreto de 3 de Junio de 1908—secciones «técnica» y «auxiliar», es decir, de los tenidos por *verdaderos* funcionarios de la administración penitenciaria, y á los que principalmente se les confía la reforma y regeneración moral de los reclusos, de las cuales hemos visto cuánta mención y cuántos elogios han hecho los ministros españoles, á cuya hábil dirección está confiada la correspondiente materia; ese sistema de formación profesional sólo lo tropezamos en poquísimas disposiciones: en tres ó cuatro, á lo sumo (1). Se recuerda como precedente (lo recuerda el mismo preámbulo del real decreto de 12 de Marzo de 1903, creando la Escuela de Criminología, y también lo recuerda el *Anuario penitenciario* de 1889, p. 220) una comunicación oficial

---

y de vigilancia), *Auxiliar* (formada por las categorías inferiores de estos mismos funcionarios) y *Facultativa* (á la que pertenecen los médicos y practicantes, los capellanes y los maestros de instrucción primaria), y en todas ellas se ingresa y asciende por medio de examen, oposición, antigüedad y concurso.

(1) No estará demás hacer notar esta anomalía. Mientras para el desempeño de la mayoría de las funciones del Estado, sobre todo para el de aquellas que revisten alguna importancia, se requiere la posesión de un título, acreditativo de haber adquirido su tenedor una preparación técnica y doctrinal adecuada, y sólo á los poseedores de estos títulos se les admite luego á las oposiciones y concursos convocados para cubrir los respectivos puestos; los empleados de prisiones, por el contrario, no necesitan título alguno para ingresar en el Cuerpo y ascender en él hasta sus más altas categorías (de directores, administradores y ayudantes), en las cuales perciben sueldos superiores en general á los asignados á todos los funcionarios del Estado (los sueldos de la sección denominada «técnica» por el real decreto de 3 de Junio de 1908 son, en efecto, de 6.500 á 8.750 para los directores jefes de administración; de 6.000, 5.000 y 4.000 para los demás directores; de 3.500, 3.000 y 2.500 para los administradores, y de 2.000 para los ayudantes). De los ciento cincuenta empleados aproximadamente de las categorías aludidas (y no hay que decir nada de los mil y un buen pico de la sección «auxiliar»), poquísimos han adquirido título académico alguno, y de estos poquísimos, la mayoría han hecho sus estudios y exámenes como alumnos libres (cuya enseñanza sabemos bien todos lo que significa), después de pertenecer ya al Cuerpo de empleados de prisiones.

del director general del ramo, D. Diego Martínez de la Rosa, fecha 29 de Febrero de 1844, que fué la base de un programa de reformas desarrollado en la real orden de 10 de Marzo del mismo año, y en la cual comunicación se decía: «Esta reforma *debe empezar por la cabeza;* y yo pienso que para obtener la homogeneidad tan indispensable en todos los presidios del Reino [el autor se quejaba de las diferencias que existían de unos á otros], y lograr *la educación y moralización de los que hayan de servir los destinos de sus planas mayores*, será útil y conveniente *establecer en esta corte*, bajo la inmediata vigilancia de esta Dirección general, *un presidio normal* que, además de servir de modelo para los demás del Reino, sea como *una escuela práctica en que adquieran la instrucción necesaria los que aspiren á dirigir estas casas de corrección*; por este medio podrá enterarse la Dirección de su aptitud y cualidades morales, y hacer de él *un plantel de empleados presidiales inteligentes é incorruptibles* y elecciones acertadas. Provistos por este medio los establecimientos penales de jefes inteligentes y celosos, será ya más fácil introducir en ellos las mejoras que han menester, y conservarlas y adelantarlas una vez establecidas». Y, en efecto, la citada real orden de 10 de Marzo de 1844 dispuso que «para proveer á los establecimientos penales del Reino de empleados inteligentes, celosos y versados en el ramo, se establezca en esta corte, y bajo la inmediata inspección de V. S., un presidio que, al paso que sirva de modelo para todos los demás, *sea como una escuela práctica en que adquieran los conocimientos necesarios los que aspiren á servir comisiones presidiales*».

En realidad, sin embargo, este procedimiento, «que se insinuó y no se puso en práctica» en la primera mitad del siglo XIX, y que vuelve á aparecer proyectado y no realizado en 1889—en el real decreto de 11 de Noviembre de este año, donde están á él consagrados varios artículos (1)—sólo se hace

(1) Art. 7.º «Constituída definitivamente la sección directivo-administrativa del Cuerpo de funcionarios de establecimientos penales, *los nuevos aspirantes ingresarán en calidad de alumnos*, por

efectivo, mejorado por cierto (á lo menos legalmente, aunque desconozco si lo ha sido también de verdad en el hecho) (1), por el mencionado real decreto de 12 de Marzo de 1903, que creó la Escuela de Criminología, ya al presente en funciones.

Este decreto, según se consigna en su propio preámbulo, «reitera la propuesta iniciada en 1844 y trazada en 1889, con la esperanza de obtener ahora resultados fructíferos» para el fin que anhela, y que es, «la eficacia de lo educativo y la necesidad de un organismo educador» para el tratamiento correccional de los delincuentes, causantes de males «de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados». Y así estableció «en la prisión celular de Madrid una *Escuela especial de Criminología*, que tiene por objeto *la enseñanza y educación del personal de la sección directiva* (2) *del Cuerpo de prisiones, de*

---

mérito de examen comparativo, *en la Escuela normal* que se instalará en el establecimiento que al efecto se designe». Art. 8.º «Organiza la la Escuela, se publicarán oportunamente las convocatorias y programas, no admitiéndose en ningún caso mayor número de alumnos que los que se calcule necesarios para cubrir todas las vacantes que haya cuando terminen el período de sus estudios y reciban el título correspondiente». Art. 10. «La enseñanza en la Escuela teórico práctica comprenderá dos años, distribuídos en semestres, hasta obtener el título de alumno aspirante, y un año, en calidad de agregado en un establecimiento penal». Los fines que con la creación de la Escuela buscaba el ministro que la decretó (D. José Canalejas) eran, según el preámbulo del decreto, «procurar la unidad de procedencia [de todos los empleados del Cuerpo] *con un sistema de educación más ventajoso que el de pruebas improvisadas* [ó sea el de exámenes y oposiciones, por más que también en la Escuela quedaban los exámenes de asignaturas: art. 11] ... y *abrir á los conocimientos de pedagogía y disciplina penitenciaria una Academia en donde la incapacidad encuentre obstáculos infranqueables*».

(1) A juzgar por las noticias que hasta mí han llegado y por ciertas señales, no es así. La Escuela de Criminología, que debería tener un gran valor si respondiera al espíritu y al texto del decreto que la creó, parece que no tiene eficacia real alguna, ni acaso seriedad, y que es uno de los muchos «telones pintados», una de tantas instituciones muertas—docentes ó no—que existen en esta España de nuestros pecados... y de nuestros pecadores y logreros.

(2) Es en parte la que corresponde á la técnica y á la auxiliar del decreto de 1908. La reorganizó el real decreto de 12 de Marzo de 1903, que creó la guardia penitenciaria en las prisiones.

la Dirección general de este ramo y de los establecimientos de educación correccional que se instituyan; sin perjuicio de cuyo fin principal, podrá también la Escuela ser utilizada como ampliación y complemento de las enseñanzas de otras Facultades y carreras en que se conceptúe necesaria la especialización de los conocimientos criminológicos» (arts. 1.º y 2.º). Pues el programa de que, según el decreto (art. 31), debe constar la enseñanza es muy amplio y moderno, como puede verse por la enunciación de materias (1) que abarca, á saber: «Derecho penal español y comparado y Legislación penitenciaria comparada; Ciencia penitenciaria, donde se comprenda: *a*) Sistemas penitenciarios, en todas sus manifestaciones; *b*) Instituciones preventivas de todo género: la tutela y el sentido moderno de la función penal, en sus varios aspectos; *c*) El patronato de los delincuentes: formas que reviste en los pueblos cultos; instituciones penitenciarias; reformatorios de niños y adultos; colonias; patronato de presos y cumplidos; organización y resultados en los varios países, con informes de detalle y estadística. Antropología, ó estudio del hombre físico, y antropometría. Antropología criminal. Sociología criminal Psicología normal y psicología de los anormales. Pedagogía general y correccional. Estadística de la criminalidad comparada». Los funcionarios de prisiones que, al par que otras cualidades, posean un conocimiento suficiente de todas estas cosas, ya se puede decir que están bien dotados, por el aspecto intelectual, de cuanto han menester para contribuir á la reintegración social de los delincuentes, que es la función encomendada en sus manos, según hemos visto que declara con suma insistencia el poder público español.

También debe ser mencionado en este lugar el real decreto de 22 de Abril de 1903, que, en armonía con los de 12 de Marzo del mismo año instituyendo la Escuela de Criminología y

(1) No puedo decir si efectivamente se enseñan todas ellas en la Escuela, ni tampoco el sentido y valor que tengan, en el caso de que se enseñen.

trasformando la sección de vigilancia del Cuerpo de prisiones, reorganizó la sección directiva (1) de este mismo Cuerpo, con el fin—dice la exposición de motivos—de que el personal que actúa «en la práctica de las funciones penitenciarias, *en vez de responder al formalismo administrativo*, sepa convertir aquellas funciones *en eficazmente tutelares para la reforma del penado*. A este efecto preceptuó lo siguiente, que, no por hallarse derogado (por el real decreto de 3 de Junio de 1908), deja de marcar en el poder público una orientación, que es, como se ha dicho ya, lo que por el pronto más importa para el presente estudio de la psicología criminal en la legislación española: Artículo 1.° «La sección directiva del Cuerpo de funcionarios de prisiones tiene á su cargo la ordenación é inspección de todos los servicios administrativos y de vigilancia, *y muy especialmente el tratamiento correccional de los penados*.» Art. 2.° «Los funcionarios del Cuerpo de prisiones que queden adscritos á esta sección especializarán sus funciones, consagrándose preferentemente á los estudios criminológicos *que se conceptúan de todo punto indispensables* y á las prácticas de régimen penitenciario que serán definidas en un reglamento especial.» Artículo 3.° «*Los aspirantes á ingreso*, por orden de convocatorias, *en la sección directiva serán especialmente educados en la Escuela de Criminología* instituída por real decreto de 12 de Marzo último.»

XXVIII

EL PATRONATO

Puede afirmarse, me parece á mí, sin grandes reparos, que el espíritu más escondido de nuestra legislación penal y penitenciaria, manifestado de una manera bien ostensible, no obstante, en buen número de disposiciones, singularmente de los

---

(1) Comprendía casi todos los funcionarios de la denominada hoy sección «técnica».

últimos lustros, y aun mejor de los últimos años, es un espíritu correccional, es decir, tutelar y protector de los delincuentes, y al mismo tiempo, y mediante tal protección, preservativo y protector de los intereses sociales y garantizador del bienestar social. La antigua pena ha ido dejando de ser retributiva y expiatoria (si es que lo fué totalmente alguna vez), como ha ido perdiendo también su sentido intimidador y ejemplar, para convertirse en un verdadero medio de patrocinio.

El patronato, que en España ha existido desde tiempos lejanos para con los delincuentes (1), aunque predominando siempre en él el carácter de obra de misericordia (2) y de generosa y liberal concesión por parte del patrono, se ha incorporado ya al tratamiento penal, de tal modo que, teóricamente al menos, es para nuestras leyes la finalidad esencial, ó la única, de toda pena, y, sobre todo, de la pena típica de los tiempos modernos: la de privación de libertad.

Es de advertir, sin embargo, que dicho patronato, estrictamente considerado, ha echado pocas raíces entre nosotros. Quiero referirme, al decir esto, á aquel patronato que monopoliza el dictado de tal, y del que se conocen tantas manifestaciones y formas en los países cultos, esto es, al patronato que consiste, no en la pena misma, esencialmente, y en todos los medios de educación correccional que á ella son inherentes, sino más bien en un auxiliar de la ejecución de la pena, en un *plus* de naturaleza no penal, y cuya acción se ejercita, ya durante esta ejecución (patronato de presos), ya después de efectuada (patronato de libertos). Este patronato—que no ha per-

(1) Se citan diversas manifestaciones de este patronato. La historia del mismo está aún, con todo, por hacer, como ocurre con la de la mayoría de nuestras instituciones penales y sociales de la misma ó de diferente y más ó menos análoga índole.

(2) Según el *Anuario penitenciario* de 1889, «las sociedades de patronato y vigilancia, que contribuyen de una manera eficaz á la educación y á la reintegración del delincuente, no han funcionado en nuestro país más que con carácter religioso y para fines religiosos y caritativos; nunca tuvieron un carácter complementario de la educación correccional» (p. 198).

dido aún su primitivo sentido, y que por eso, aquí como en otras partes, continúa siendo, más que obra de verdadera justicia y deber del Estado, impuesto legalmente, puro efecto de generosidad gratuita y supererogatoria, si bien ya combinado con el ejercicio de actividades legales y como para proseguir y facilitar la acción de éstas—se halla en España muy poco extendido, y hasta muy poco recomendado y fomentado por obra de la ley. Pudiéramos decir que no ha entrado á formar parte orgánica de nuestra constitución psicológica social, lo mismo legal que consuetudinaria. No está incorporado á nuestra sangre. Aquí y allá han aparecido á veces ciertas sociedades ó instituciones con fines patronales; pero casi siempre han sido unos simples meteoros fugaces, obra de mero relumbrón ó de ruído, desaparecida á los dos minutos de nacer. Es la suerte de todo lo que se improvisa en poco tiempo y con el fin, ante todo, de llamar la atención y colocarse alguien en sitio visible.

La idea del patronato va, á pesar de todo, adquiriendo cierta consistencia. Los preceptos legales relativos al cumplimiento de las penas se puede decir que no saben ya abandonarla; la mayoría de ellos le hacen un sitio en su articulado y en los razonamientos que lo fundamentan. Acaso la vez primera que se habla de algo como sociedad de patronato de presos en España, con carácter legal, sea en el reglamento dado provisionalmente á la prisión celular de Madrid con fecha 8 de Octubre de 1883, cuyo art. 357 decía: «La actual junta de cárceles de Madrid, creada por virtud de la ley de 26 de Julio de 1849, se denominará de *Vigilancia y Patronato*, y formarán parte de ella...» (1).

De entonces acá se han publicado diferentes preceptos, to

---

(1) Hoy ya no está vigente este reglamento, sino otro de 24 de Marzo de 1894 que modifica al anterior en ésta como en otras cosas. El art. 7.º del mismo dice: «La vigilancia é inspección de la prisión celular *y el patronato de los penados* corresponden á la junta local de prisiones de Madrid.»

dos de procedencia ministerial, y reglamentos de instituciones privadas (como la *Escuela correccional de Santa Rita*, en Carabanchel, y el *Asilo Toribio Durán*, de Barcelona), en donde, más ó menos directa ó incidentalmente, se trata del patronato de presos y cumplidos, y aun de los en peligro de delinquir. Citaré sólo las principales.

El reglamento aprobado por real orden de 14 de Setiembre de 1888 para la Junta superior de prisiones divide á ésta (artículo 3.º) en cuatro secciones, la última de las cuales es *de patronato*, y el objeto de tal sección es (art. 27) «atender á los desgraciados que por el medio social en que viven, por carencia de recursos ó por otras causas, se sienten y se hallan más propensos al crimen; á los presos de todas clases y á los penados cumplidos». «Para realizar estos fines (art. 28) promoverá la creación y fomento de asociaciones particulares...» «Procurará también (art. 29) el fomento del trabajo en las prisiones, el establecimiento de colonias agrícolas, agencias de colocación de penados, escuelas, bibliotecas y cuantas instituciones benéficas aconseje la experiencia..» (1). El art. 5.º del real decreto de 23 de Diciembre de 1889, dando al penal de Ceuta el carácter de colonia penitenciaria, decía que durante el primer período del cumplimiento de la pena, ó sea el celular, el penado viviría en la celda «bajo un régimen de aislamiento... con trabajo *y asistencia de las sociedades de patronato*» (2). El real decreto de 22 de Mayo de 1899, reorganizando la Junta superior de prisiones, establecía también en ésta una sección *de patronato* (juntamente con otras, art. 2.º), cuya misión era (art. 1.º, atribución 6.ª) «promover la creación de instituciones que tengan por objeto la visita de los presos para contribuir á su mejoramiento moral; la protección de los penados cumplidos; el amparo de niños abandonados, y la corrección

(1) Jamás se hizo nada de todo esto.
(2) Tales sociedades no han existido, y mal pudieron, por lo tanto, hacer lo que se les encomienda.

de jóvenes viciosos ó delincuentes que por razón de su edad no hayan incurrido en responsabilidad criminal» (1).

Nuevos desenvolvimientos adquiere la idea en el real decreto de 17 de Junio de 1901, creando en Alcalá la *Escuela central de reforma y corrección penitenciarias*. «*Para ejercer el patronato educativo que ha de contribuir á la reforma de los jóvenes*—dice el art. 26 de esta disposición legal—, se crea en Alcalá de Henares una sociedad de sistema [?] mixto, ó sea de carácter oficial y particular, que se denominará *Sociedad de corrección y reforma*» (2). «La misión de la Sociedad — agrega el art. 29—es esencialmente benéfica y humanitaria, *dirigida á ejercer el patronato educativo y moralizador de los jóvenes reclusos, mientras permanezcan en la Escuela, y el de protección y amparo después que salgan, facilitándoles ocupación y trabajo y proporcionándoles los recursos y medios necesarios para librarles del abandono y de la reincidencia.*» Art. 33. «El ministro de Gracia y Justicia será presidente protector de ésta y de todas las de-

(1) A este precepto le cupo la misma suerte que á los anteriores.

(2) He aquí cómo justifica el preámbulo del decreto la nueva institución: «El régimen correctivo del establecimiento y la enseñanza recibida en él *deben completarse con el bienhechor y solícito concurso de una sociedad protectora que coadyuve á los fines que la Escuela de reforma se propone*. Si durante el tiempo que en ella permanezcan los educandos necesitan de solícita atención para regenerarse y olvidar su pasado, *la necesitan mayor al obtener la libertad para abrirse porvenir y hacer vida honrada en lo futuro. Y este cometido, de tan extraordinaria importancia, lo cumplirá dignamente la Sociedad de corrección y reforma*, primera de su clase que se establece en España. Ha de ser ésta, con respecto al educando, lo que el tutor con relación al pupilo; por eso el Estado le confiere facultades de paternal potestad, para que supla las deficiencias del menor y le conduzca y prepare en forma de que se baste á sí propio el día que se emancipe. La elevada misión de la sociedad de que se trata producirá, á no dudarlo, saludables y bienhechores efectos en los jóvenes reclusos en tanto que permanezcan intramuros de la Casa-corrección, con las frecuentes visitas, sanos consejos y cuidadosa asistencia. Pero ha de producirlos mayores cuando los escolares abandonen su recinto para volver á la sociedad que les apartó de su seno por la comisión de la culpa, procurándoles colocación adecuada ó destino apropiado, según convenga á sus inclinaciones y aptitudes.»

más sociedades de patronato que se creen para influir en la reforma de los penados, y procurará por cuantos medios estén á su alcance el desarrollo de estas benéficas instituciones, á fin de que puedan cumplir sus humanitarios fines en beneficio de los reclusos y de la patria» (1). De igual manera, el real decreto de 8 de Agosto de 1903, que regula el tratamiento de los jóvenes delincuentes del mismo Reformatorio de Alcalá, contiene estas prescripciones: Art 5.º «Se autoriza á la Junta local de prisiones de Alcalá de Henares para gestionar con cuantas personas se interesen en la eficacia de la obra que ha de realizar el Establecimiento reformatorio, *una sociedad de patronato*.» Art. 6.º «En cuanto se comunique al ministro de Gracia y Justicia la constitución de la sociedad de patronato, se le reconocerá personalidad: 1.º Para organizar en el Establecimiento reformatorio, de acuerdo con la junta correccional, conferencias de carácter educativo y de conocimientos útiles. 2.º Para, en las mismas condiciones, y con idéntica finalidad, establecer un régimen de visitas. 3.º Para preparar y disponer la reintegración del penado á la vida libre cuando sea puesto en libertad. 4.º Para, con mayor amplitud, establecer las relaciones que faciliten la manera de poder autorizar legalmente la libertad provisional, como uno de los trámites del régimen expansivo del Establecimiento reformatorio.»

Cuando el real decreto de 22 de Octubre de 1906 dispuso la supresión de los presidios de Africa, ordenó (art. 7.º) que el Consejo de disciplina encargado de estudiar los expedientes de los penados de Ceuta y Melilla, para proponer, en su vista,

(1) Estas tan bien razonadas disposiciones no han tenido tampoco más realidad efectiva que las citadas anteriormente. Lo mismo hay que decir del real decreto de 3 de Junio de 1901, publicado en relación directa con el anterior por el mismo ministro (marqués de Teverga), y cuyo art. 26, núm. 2.º, dice que «los miembros de las sociedades benéficas y *de patronato* [visitarán á los reclusos], con la autorización competente, cuantas veces lo crean oportuno y en los días que reglamentariamente les corresponda, para que aconsejen á los reclusos, oigan sus manifestaciones y contribuyan á su corrección y reforma».

la concesión ó la denegación de residencia, una vez cumplida ésta su obra, continuase «funcionando *como patronato de libertos*, con la misión de ejercer la correspondiente tutela respecto de los penados residentes en la localidad»; y añadía (artículo 11): «Para que se precise la experiencia de este primer ensayo de libertad provisional, el patronato de libertos, con los medios que la autoridad le facilite, ejercerá la debida vigilancia á fin de comprobar la conducta de los que disfruten la concesión de residencia, y anualmente elevará á la dirección general de prisiones una Memoria razonada y justificada en que se puntualice la situación y vicisitudes de los sometidos á este nuevo régimen». La real orden de 8 de Julio de 1907, por la que se aprobó la instrucción para el régimen de los penados de Melilla á quienes se hubiera otorgado concesión de residencia, desarrolla y amplia (en los núms. 10 y 11 de la instrucción) estos mismos preceptos.

Y por fin, el real decreto de 20 de Enero de 1908, reorganizando el servicio de inspección de las prisiones, convierte en juntas de patronato las que hasta entonces habían sido juntas locales de prisiones, de este modo: Art. 14. «Las actuales juntas de prisiones se denominarán *juntas de patronato*». Artículo 15. «Las juntas de patronato ejercerán su patrocinio sobre los reclusos en las prisiones, y especialmente sobre los que salgan de ellas, bien por excarcelación, bien por cumplimiento de pena» (1).

Todo esto, como se ha indicado, es letra muerta, igual que lo son también otras mil disposiciones de las citadas antes sobre multitud de asuntos. En España, en realidad, no hay patronato de presos y cumplidos, fuera de lo que se hace en Barcelona, que tampoco es mucho. Pero el sentido preventivo y protector de tales preceptos no puede ser más decidido, ni estar más patente; y esto es lo que ahora nos importa.

(1) V. también la real orden circular de 25 de Enero del mismo año, relativa á la aplicación de las juntas de prisiones á fines y funciones de patronato.

XXIX

CONCLUSIÓN

Todo lo anteriormente dicho parece confirmar la advertencia del jurisconsulto (L. 24, D., *de leg.*): *Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus tantum proposita judicare vel respondere.* Pues, de un examen un tanto general y comparativo, aunque necesariamente incompleto, de nuestra vigente legislación penal, resulta que la psicología criminal en que ella se inspira, recogiendo, según se suele decir, aspiraciones populares, responde menos de lo que pudiera creerse á las exigencias de la teoría que más comunmente se figura representarla. En realidad, esta teoría, producto de una labor mental más ó menos reflexiva, pero parcialísima y unilateralmente sistemática, va haciendo su camino, consignada en los libros y repetida por buen número de escritores y expositores; y paralelamente á ella, pero sin hacerle caso, se va también desenvolviendo la legislación, en la cual hay que atender por igual á muchísimos resortes y finalidades, y no á uno tan sólo

Forma el espíritu colectivo una trama complicadísima de deseos, que el mismo no suele abarcar conscientemente de una vez, en un enlace orgánico de conjunto, sino á los cuales va pasando revista, cuando más, aislada é individualmente, uno tras otro; y forma también, por fuerza, el derecho, tanto consuetudinario como legislado, en el cual van encontrando traducción externa y garantía de satisfacción obligatoria (y compresiva, en caso preciso) aquellos deseos, otra urdimbre, no menos compleja y apretada, de innumerables hilos, cada uno de los cuales responde á un resorte espiritual distinto, es decir, á una apetencia del organismo colectivo, ó de alguna de sus partes componentes, tales como las clases sociales, las profesiones, las agrupaciones de intereses artísticos ó científicos, económicos, comerciales, industriales, religiosos, humanita-

rios, educativos y demás. Estos varios intereses, que se constituyen en centro terminal y absorbente de multitud de actividades y fuerzas dispersas en el círculo social en cuyo recinto se agitan todos en verdadero torbellino, no son, á lo menos á primera vista, fácilmente compatibles. Sin embargo, tienen que serlo, pues tal es la condición indispensable de su coexistencia. Hay que irlos engranando unos con otros en obra persistente; y de hacerlo así se encarga la vida misma, logrando hoy un acomodamiento y mañana otro, limando puntas y asperezas, anudando tales y cuales cabos sueltos. Y uno de los elementos que más contribuyen á realizar este trabajo es el poder público del Estado nacional, colocándose por encima de todos los particulares y encontrados intereses y fines, y buscando el apagamiento y la mayor compatibilidad posible de todos ellos.

Resultado: que la labor legislativa—la penal y penitenciaria también, claro está, lo mismo que la de otro orden cualquiera—se va realizando á trozos, dando ahora una porción de ella que responde á tal ó cual petición, concepción ó tendencia, y luego otra y otra porción para atender peticiones é ideas más ó menos diferentes de las anteriores. Cuando se prescinde del estudio directo y minucioso del gran bloque legislativo así formado, ó sólo se lo mira por alguno de sus múltiples aspectos, es muy fácil formular, acerca de su valor y sentido total, juicios y teorías exclusivistas, que después—considerada la legislación entera, mediante la observación detallada de sus diferentes prescripciones, comparando unas con otras para poder extraer de ellas un contenido sustancial común á todas - tiene uno que calificar de equivocadas.

Del ensayo que precede á estas líneas, en el cual hemos ido pasando revista á multitud de preceptos del derecho legislado español, para saber cuál sea la manera con que éste concibe la psicología criminal, en su doble dirección de psicología del autor del delito y psicología del autor ó sujeto activo de la pena (ó reacción contra el delito), parece desprenderse que ni

el resobado libre albedrío juega para nada como base de la imputabilidad criminal en la legislación española y en las resoluciones de los encargados de aplicarla, sino que son otros distintos los factores espirituales á que se atiende para considerar á una persona como merecedora de pena por su comportamiento ya pasado ó por su probable temida conducta futura; ni es tampoco el castigo por el castigo, el castigo en cuanto tal, retributivo, expiatorio, compensador de la deuda contraída al delinquir, y proporcionado á la entidad objetiva de esta deuda, lo que principal, ni menos aún exclusivamente, se persigue con la imposición de la pena en España, sino otros objetivos muy distintos, de preservación social y evitación de delitos nuevos, hasta donde tal finalidad sea asequible. Con lo que nos colocamos, sin duda, me parece á mí, enteramente fuera de la doctrina que es uso invocar como justificativa de la imputabilidad según las leyes españolas, y como determinadora y básica, á la vez, de la especie y cuantía de la reacción penal en cada caso concreto.

Pero todo este estudio, por haberse desviado de la primitiva trayectoria por donde su autor pretendía haberlo encarrilado (1), ha tenido que hacerse, merced á causas diversas, con menos holgura y calma de la que hubiera sido menester; y á ello se debe el que sea bastante incompleto y esté lleno de imperfecciones. Necesita por eso de otros estudios acerca de la misma ó de otras análogas materias, siempre sobre la base del derecho legislado español vigente. El autor se propone consagrarse á ellos, según su salud y otras atenciones se lo permitan. Entre tanto, quede ahí éste, como muestra y tipo de los posteriores.

---

(1) Ejemplo de una operación voluntaria (?) extra ó preterintencional.

ÍNDICE